

SUPERAÇÃO DAS ANTINOMIAS PELO DIÁLOGO DAS FONTES: O MODELO BRASILEIRO DE COEXISTÊNCIA ENTRE O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E O CÓDIGO CIVIL DE 2002¹

Cláudia Lima Marques, Professora Titular da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. Doutora em Direito pela Universidade de Heidelberg, Alemanha. Mestre em Direito pela Universidade de Tübingen, Alemanha. Especialista em Direito Europeu pela Universidade do Sarre, Alemanha. Coordenadora do PPGDir./UFRGS (2000-2004). Ex-Presidente do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor-BRASILCON. Diretora da *Association Internationale de Droit de la Consommation*, Bruxelas (2003-2005)

INTRODUÇÃO

Neste VII Congresso Nacional de Direito do Consumidor, organizado pelo Brasilcon, gostaria de trazer aos colegas um alerta e duas reflexões. Com a entrada em vigor em 2003, de um Código Civil central, que unifica as obrigações civis e empresariais, as relações privadas

¹ Trabalho publicado in Revista de Direito do Consumidor (RT, São Paulo), vol. 51, jul-set. 2004, p. 34-67, palestra com o título de “Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil : superação das antinomias pelo diálogo das fontes”, apresentada em Ouro Preto, durante o VII Congresso Nacional de Direito do Consumidor/Brasilcon, IV Encontro Nacional do Ministério Público do Consumidor e IV Congresso Mineiro de Direito do Consumidor, intitulados “Regulação e a proteção ao consumidor: o direito a ser ouvido”, organizados pelo Brasilcon e MPCCon, com apoio do DPDC/MJ e UFPO. Este texto aprofunda idéias apresentadas no artigo “Diálogo das fontes no combate às cláusulas abusivas”, publicado na Revista de Direito do Consumidor, vol. 45, p. 71 a 99 e consolidadas no meu livro ‘Comentários ao Código de Defesa do Consumidor- Art. 1 a 74 –Aspectos materiais’, São Paulo: RT, 2004, em conjunto com Antônio Herman Benjamin e Bruno Miragem, no capítulo inicial e nos comentários aos Artigos 1 a 51, p. 24 a 730, de minha lavra. A autora agradece à Antônio Herman Benjamin, não só por disponibilizar seus excelentes comentários ao Art. 429 do CC em relação ao Art. 35 do CDC, como pelas frutíferas discussões sobre o tema.

entre 'iguais', sem, porém, regular as relações mistas entre consumidores e fornecedores (as relações entre diferentes), opta o Brasil por criar um Direito Privado *sui generis*, diferente do existente nos países principais do Direito Comparado romano-germânico, seja a sempre citada Itália, a Alemanha ou a França. Conhecer e dominar este 'modelo brasileiro' de regular de forma especial a relação entre consumidor e fornecedor² é a primeira e necessária reflexão, desde sua origem constitucional (Art. 48 dos ADCT/CF1988) até a precisão quanto aos elementos que definem o campo de aplicação subjetivo e material do CDC e do CC/2002 (Parte I).

A segunda reflexão, que gostaria de aqui trazer, é um conseqüente aprofundamento da teoria de meu mestre alemão Erik Jayme sobre o atual 'diálogo das fontes' (Parte II). Na pluralidade de leis ou fontes,³ existentes ou coexistentes no mesmo ordenamento jurídico, ao mesmo tempo, que possuem campos de aplicação ora coincidentes ora não coincidentes, os critérios tradicionais da solução dos conflitos de leis no tempo (*Direito Intertemporal*)⁴ encontram seus limites. Isto ocorre porque pressupõe a retirada de uma das leis (a anterior, a geral e a de hierarquia inferior) do sistema, daí propor Erik Jayme o caminho do 'diálogo das fontes', para a superação das eventuais antinomias aparentes existentes entre o CDC e o CC/2002.

Já quanto ao alerta, destaque-se que vivemos hoje um momento chave para a evolução do Direito e da Justiça no Brasil. O Brasilcon, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, foi criado pelos autores do Anteprojeto de Código de Defesa do Consumidor, em 1991, para assegurar que a defesa do consumidor não fosse apenas uma bela lei (*law in the books*), mas alcançasse efetividade e mudasse a realidade do mercado brasileiro (*law in action*). Isto efetivamente

² Veja sobre antinomias, BOBBIO, Norberto, „Des critères pour résoudre les antinomies“, in PERELMAN, CH. (Coord.), *Les antinomies en Droit*, Bruxelles, Ed. Bruylant, 1965, p. 255 e seg.

³ Veja a favor do pluralismo jurídico a bela análise de BELLEY, Jean-Guy, “Le pluralisme juridique comme doctrine de la science du droit”, in *Pour un Droit Pluriel-Etudes offertes au professeur Jean-François Perrin*, Helbing & Lichtenhahn, Genbra, 2002, p. 135 e seg. No Brasil, veja Fachin, Luiz Edson, Transformações do direito civil brasileiro contemporâneo, in *Diálogos sobre Direito Civil-Construindo a Racionalidade Contemporânea*, Org.. Carmen Lucia Ramos, Gustavo Tepedino et alii, Renovar, Rio de Janeiro, 2002, p. 43.

⁴ Veja, por todos, Wilson de Souza, *Direito Intertemporal*, Rio, Forense, 1980, p. 187.

aconteceu e o CDC transformou-se em lei ou setor de excelência no sistema de nosso abalado direito privado. A tarefa realizada com sucesso por estes pioneiros da defesa do consumidor, a quem homenagem na pessoa de Adalberto Pasqualotto, atual presidente do Brasilcon, renova-se agora com a entrada em vigor do Código Civil (Lei 10.406/2002).

No Brasil de hoje, a construção de um Direito Privado com função social, proposta por Jhering e Gierke, e o futuro da Justiça para os mais fracos nos tribunais brasileiros está a depender do grau de domínio, que os aplicadores da lei conseguirem alcançar neste momento, sobre o sistema de coexistência do Direito do Consumidor, presente no CDC, e do Direito Civil e Direito Comercial das Obrigações, presente no CC/2002. A tarefa de especialização e de excelência no uso das normas de direito do consumidor renova-se.

Quem, neste momento, for ingênuo e seguir as primeiras visões do CC/2002 repetindo os preceitos do Direito Civil dos iguais do século XIX ou do CC1916, contribuirá para o fim do Direito Comercial e para um esvaziamento inconstitucional do Direito do Consumidor. Quem for ingênuo e seguir os modelos eruditamente colocados como definitivos de direito comparado, sem um distanciamento crítico e rigor científico, transformará o Código Civil em centro não só do Direito Privado, mas do direito econômico, desconstruindo as conquistas de tratamento diferenciado do Direito Comercial e da sociedade de consumo de massas no mercado brasileiro. A hora é de especialização e rigor, de atenção e estudo, pois a reconstrução do direito privado brasileiro identificou 3 sujeitos: o civil, o empresário e o consumidor, mesmo se os princípios do CC/2002 e CDC são - em geral - os mesmos! Vejamos.

I - OS TRÊS MODELOS DE COEXISTÊNCIA DO DIREITO DO CONSUMIDOR E DO CÓDIGO CIVIL NOS PAÍSES DA FAMÍLIA ROMANO-GERMÂNICA

Natalino Irti, na primeira edição de 1979 de seu famoso livro, *L'età della decodificazione*, perguntava-se “como salvar o Código Civil”.⁵ Respondia que, na década de 70, em um mundo de insegurança, da

⁵ Reprodução in IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. 4.ed., Milão: Giuffrè, 1999, p. 42.

fuga do Código Civil através da descodificação em microssistemas, o Código Civil italiano teria apenas uma função residual e de ‘centro’ do Direito Privado (*il policentrismo e la funzione residuale del codice civile*).⁶ Já no prefácio da quarta edição de 1999 do mesmo livro, intitulada “descodificação, vinte anos após” concluiu o autor italiano que o método dos microssistemas, apropriando-se da tradição civilística, não reduzia a racionalidade sistêmica do Direito Privado italiano, apesar da multiplicação das leis especiais.⁷ Novas influências criativas viriam da própria pluralidade de mercados, dos espaços econômicos (integrados, no caso da Europa) e seus atores econômicos (fornecedores e consumidores).⁸

Certo é que devemos considerar a importante diferença⁹ do ‘valor político’ do *Codice Civile* Italiano de 1942, que é uma lei identificada com a identidade cultural italiana e que se manteve íntegra e adaptada, apesar das constantes crises constitucionais e políticas na Itália,¹⁰ e o eventual reduzido ‘valor político’ do Código Civil de 2002,¹¹ projetado durante a ditadura militar brasileira,¹² frente à força normativa da

⁶ IRTI, *L'età della decodificazione*, p. 44 e 45.

⁷ IRTI, *L'età della decodificazione*, p. 6 a 8. No original, p. 7 e 8: “La divisa, di sapore jheringhiano, con la quale si chiude il libro, ‘attraverso il codice civile, ma oltre e al di là del codice civile’, sta a indicare che il metodo dei micro-sistemi, appropriandosi della tradizione civilistica, non riduce la razionalità sistematica, ma cura di allargarla ed espanderla ai territori delle leggi speciali.”

⁸ IRTI, *L'età della decodificazione*, p. 10 e 11.

⁹ Assim ensina JAYME, Erik, *Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado*, in Revista dos Tribunais (São Paulo), nr. 759, p. 25: “A minha Tese principal é a seguinte: O direito comparado moderno perseguia o objetivo, de determinar, de encontrar o que era comum, igual (das Gemeinsame), e que apenas superficialmente podia aparecer e ser percebido de forma diversa, nos também apenas superficialmente diversos, sistemas de Direito do mundo. O direito comparado pós-moderno procura, ao contrário, o que divide (das Trennende), as diferenças (die Unterschiede).”

¹⁰ IRTI, *L'età della decodificazione*, p. 9, menciona uma “crise” da Constituição Italiana e um “plusvalore político” do Codice civile de 1942, tema que desenvolve em seu outro livro, IRTI, Natalino, *Codice Civile e società politica*, 3.ed., Roma: Laterza, 1999, p. 5 e seg. IRTI, in *Codice Civile e società politica*, p. 9, afirma: “Alla stanchezza costituzionale si contrappone la stabilità del codice civile; alla controversia sulle istituzioni, la serena continuità di una legge, in cui tutti si riconoscono ed a cui ciascuno affida la tutela degli interessi particolari...circostanze storiche attribuiscono così al codice civile 9diremo con formula schmittiana) una sorta di plusvalore politico, cioè un significato unificante et una capacità mediatrice, che trascendono la posizione di legge ordinaria.”

¹¹ Veja sobre o ‘valor político’ do Código Civil de 1916 e de 2002, o interessante ensaio político de GRINBERG, Keila, *Código Civil e cidadania*, Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 7 e seg.

¹² A Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil Brasileiro, teve um árduo caminho para sua aprovação. Foram mais de 30 anos, tendo a ‘Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil’ iniciado seus trabalhos em 23 de maio de 1969 (Exposição

democrática Constituição Federal brasileira de 1988.¹³ Vale frisar que foi a Constituição Federal de 1988, a que modificou e moldou profundamente o Direito Privado brasileiro ao estabelecer as bases para o tratamento privilegiado de uns atores econômicos, os consumidores (Art. 5,XXXII da CF/1988), impondo uma nova ordem constitucional do mercado (Art. 170 da CF/1988), e, por fim, mandou organizar um Código especial de proteção deste sujeito de direitos fundamentais (Art. 48 ADCT/CF/88), reconstruindo, assim, com uma divisão tríptica (de direito civil, comercial e de proteção do consumidor, art. 22,I c/c Art. 48 ADCT da CF/88), o Direito Privado brasileiro.¹⁴

Com estas ressalvas, a lição de Irti pode nos servir de inspiração: centralidade, subsidiariedade e pluralidade. Efetivamente, o grande desafio atual é estabelecer o campo de aplicação do Código Civil de 2002, que unificou as obrigações civis e comerciais e regulou o direito

de Motivos do Anteprojeto do Código Civil (1975), Mensagem 160, in NERY, Nelson e NERY, Rosa, *Novo Código Civil e legislação extravagante anotados*, 2.ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003, p. 117), composta dos seguintes juristas: José Carlos Moreira Alves (Parte Geral); Agostinho Alvim (Direito das Obrigações), Silvio Marcondes (Direito da Empresa), Erbert Chamoun (Direito das Coisas), Clóvis do Couto e Silva (Direito de Família), Torquato Castro (Direito das Sucessões). Sobre os juristas que compuseram a Comissão e sua formação acadêmica, veja LOTUFFO, Renan, Da oportunidade da codificação civil e a Constituição, in SARLET, Ingo Wolfgang (Org.), *O novo Código Civil e a Constituição*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Ed., 2003, p. 11 e seg. Foram publicadas quatro redações do Anteprojeto da Comissão (em 1972, 1973, 1974 e, a definitiva de 1975, que levou o número 634-D/1975), veja REALE, Miguel, “Visão Geral do novo Código Civil”, in *Revista de Direito Privado*, vol. 9 (jan./mar. 2002), p. 11. Na Câmara dos Deputados e Senado o projeto tramitou, já com as críticas e modificações incorporadas pela Comissão, com o número 118/1984, e recebeu muitas emendas atualizadoras, especialmente em Direito de Família, tendo em vista às fortes inovações impostas pela democrática Constituição Brasileira de 1988. Foram mais de 1000 emendas na Câmara Federal e 333 no Senado, com votação até 1998, conforme informa Soares Hentz, Luiz Antônio, *Direito de empresa no Código Civil de 2002*, São Paulo, Ed. Juarez de Oliveira, 2002, p. 1.

¹³ Veja manifestações críticas ao Código Civil de 2002, in AZEVEDO, Antonio Junqueira de, “O Direito pós-moderno e a codificação”, in *Revista Direito do Consumidor*, vol. 33 (2000), p. 124 e seg. FACHIN, Luiz Edson, “Transformações do direito civil brasileiro contemporâneo”, in *Diálogos sobre Direito Civil-Construindo a Racionalidade Contemporânea*, Org. Carmen Lucia Ramos, Gustavo Tepedino et alii, Renovar, Rio de Janeiro, 2002, p. 43. E TEPEDINO, Gustavo (Coord.), *Direito Civil-Constitucional*, Renovar, Rio de Janeiro, 2001, p. 11 e seg. e ainda do mesmo autor, “O Novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira”, Editorial da *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, 2001, vol. 7, sn.

¹⁴ Veja meu artigo MARQUES, Cláudia, “Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus

da empresa,¹⁵ e sua convivência ou coexistência com o campo especial do Código de Defesa do Consumidor. Entre os países principais do Direito comparado existem três modelos diferentes, o da França, da Alemanha e da própria Itália, que analisaremos a seguir (A), os quais comparados ao modelo brasileiro, apresentam diferenças substanciais, que devem ser aqui destacadas (B).

A) OS MODELOS DOS PAÍSES PRINCIPAIS: FRANÇA, ITÁLIA E ALEMANHA

Como destaca Natalino Irti, em sua obra sobre o Código Civil e a Sociedade Política, ao desafio da sociedade de consumo de massa, somou-se o das novas exigências de um mercado integrado.¹⁶ Estas novas formas sociais e da economia mundial,¹⁷ tiveram forte repercussão legislativa nos Estados industrializados, a ponto de criar-se um Direito Privado Comum Europeu, entre os países membros da União Européia.¹⁸ Efetivamente, as Comunidades européias e, hoje, a União Européia são um forte legislador do direito econômico, civil e comercial,¹⁹ e em especial sobre temas de proteção do consumidor,²⁰

direitos". *Revista de Direito do Consumidor* 35, 2000, p. 61 a 96. E, ainda, as obras específicas sobre o tema: NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A proteção constitucional do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 1 e seg e VIEIRA, Adriana Carvalho Pinto, *O Princípio Constitucional da Igualdade e o Direito do Consumidor*, Belo Horizonte: Ed. Mandamentos, 2002, p. 19 e seg.

¹⁵ Assim GONÇALVES, Carlos Roberto, *Principais Inovações no Código Civil de 2002*, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 6 a 8.

¹⁶ IRTI, *Codice Civile e società politica*, p. 65 e seg.

¹⁷ IRTI, *Codice Civile e società politica*, p. 58.

¹⁸ Assim conclusão de IRTI, *L'età della decodificazione*, p. 12 e 13. Veja também a obra do espanhol SÁNCHEZ LORENZO, Sixto A., *Derecho privado europeo*, Granada: Ed. Comares, 2002.

¹⁹ Veja também GEBAUER, Martin, *Grundfragen der Europäisierung des Privatrechts*, Universitätsverlag C. Winter, Heidelberg, 1998.

²⁰ Veja sobre o tema meu artigo, MARQUES, Cláudia Lima. Normas de proteção do consumidor (especialmente, no comércio eletrônico) oriundas da União Européia e o exemplo de sua sistematização no Código Civil alemão de 1896 – Notícia sobre as profundas modificações no BGB para incluir a figura do consumidor. *Revista de Direito Privado* 4, out.-dez./2000, São Paulo, p. 50 a 93. Veja, como autor europeu, o livro de Martis, construindo a análise da proteção do consumidor ,em 1998, toda baseada nas leis alemãs oriundas de Diretivas européias, MARTIS, Rüdiger. *Verbraucherschutz*. Munique: Beck, 1998, p. 1 e seg.

a ponto de professores franceses defenderem no final do século XX a idéia de um Código Europeu do Consumo.²¹

No início do século XXI, autores alemães consideram que a influência legislativa europeia modificou tão profundamente os direitos nacionais que, quebrando tradições puramente civilísticas e evoluindo para uma visão econômico-privatista, que se pode falar de um novo Direito Privado do Consumidor (*Verbraucherprivatrecht*).²² Assim, o Direito Privado do século XXI seria tripartite, reunindo o Direito Civil, o que restou do Direito Comercial e um forte Direito do Consumidor!

Todas estas linhas têm como convergência o fato de procurarem dar respostas efetivas para o desafio da imposição, em nossas sociedades pós-modernas (sejam em países industrializados ou em países emergentes, como o Brasil), de uma nova coexistência de leis especiais e gerais, que regulam o mercado de consumo em massa. Estes modelos merecem nossa atenção.

1. O MODELO FRANCÊS: CONSUMO COMO TEMA TRANSVERSAL DO DIREITO PRIVADO E PÚBLICO

Certo é que o sistema jurídico brasileiro é fruto de uma história colonial portuguesa, e foi sempre permeável a conceitos e idéias jurídicas estrangeiras.²³ No Direito Comparado, os autores alemães classificam o Direito brasileiro como pertencente à chamada *família romana* de

²¹ Assim reflexões de grandes professores europeus reunidas por OSMAN, Filiali. *Vers un Code Européen de la Consommation- Codification, unification et harmonisation du droit des États-membres de l'Union européenne*. Bruxelas: Brylant, 1998, p. 3 e seg. Veja crítico em relação à possibilidade de um Código civil europeu, SÁNCHEZ LORENZO, p. 274: “La codificación europea, de forma muy sinilar a la codificación internacional, entraña un especial riesgo de petrificación...”

²² Assim título do livro de BÜLOW, Peter e ARTZ, Markus, *Verbraucherpruvatrecht*. Heidelberg: C.F. Müller, 2003.

²³ Veja PONTES DE MIRANDA, Francisco. “Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro”, Rio de Janeiro, 1981, pg. 93 e seg, e COUTO E SILVA, Clóvis V. de. “O Direito Civil Brasileiro em Perspectiva Histórica e Visão de Futuro, in: Revista de Informação Legislativa” (Brasília), Nr. 97 (I-1988), pg. 163 e seg. Sobre as influências, portuguesa, francesa, italiana e germânica, veja meu artigo sobre o tema, com detalhadas citações, MARQUES, Cláudia Lima. “Cem anos de Código Civil alemão: o BGB de 1896 e o Código Civil brasileiro de 1916”. RT 741, p. 11-37 e ENNECERUS, Ludwig e Nipperdey, Hans Carl. *Derecho Civil- Parte General*, vol. 1, Tradução espanhola de Blas Pérez González, Barcelona, 1953, pg. 87 (§12 VIII).

direitos.²⁴ Neste grupo ou família de ordens jurídicas, o grande modelo legislativo é o *Code Civil* francês de 1804,²⁵ daí a natural importância do modelo francês.

Também o grupo de especialistas, que foi autor do Anteprojeto de Código de Defesa do Consumidor,²⁶ recebeu, tanto na sua formação acadêmica (na Itália, Bélgica, Alemanha, França, Estados Unidos e México),²⁷ como na elaboração do texto da futura Lei 8.078/90, forte influência do Direito Comparado.²⁸ Segundo os autores do Anteprojeto, a legislação estrangeira que serviu de inspiração principal para o CDC brasileiro foi o Projeto Calais-Auloy de Código do Consumo (*Projet de code de la consommation*).²⁹ Este projeto francês não entrou em vigor, no seu texto original, em seu país natal, mas deu o nome a uma legislação da década de noventa, que reuniu (sem modificá-las ou sistematizá-las) algumas das diversas leis de proteção do

²⁴ ZWEIGERT, Konrad e Kötz, Hein. *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, 3. Aufl., Tübingen: Mohr, 1996, pg. 114 (§ 8 VI). Veja também BETTI, Emilio, *Système du Code Civil Alemand*, Milan: Guiffre, 1965, pg.7. Contrariamente, prefere René David a idéia de uma família romano-germânica (famille de droit romano-germanique), veja DAVID, René, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris: Dalloz, 1988, pg. 33ss.(Nr. 25 e 67).

²⁵ Assim ZWEIGERT/KÖTZ, pg. 74 (§ 6 I) e BETTI, pg. 7.

²⁶ Os autores do anteprojeto de CDC foram os professores Ada Pellegrini Grinover (Presidente), Kazuo Watanabe, Zelmo Denari e os membros do ministério Público de São Paulo, Daniel Fink e José Geraldo Filomeno e, como assessores, Antônio Herman Benjamin (Ministério Público), Eliana Cáceres (Advogada), Marcelo Sodré, Mariagela Sarrubo e Regis Rodrigues Bonvicino (Movimento de Defesa dos Consumidores) e Nelson Nery Júnior (Professor PUC/SP), veja PELLEGRINI GRINOVER, Ada et alii, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor- comentado pelos autores do anteprojeto*, 5. ed, Forense universitária Ed, Rio de Janeiro, 1997, p. 1.

²⁷ MARQUES, Cláudia Lima. Notas sobre o sistema de proibição de cláusulas abusivas no CDC (entre a tradicional permeabilidade da ordem jurídica e o futuro pós-moderno do direito comparado). *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, ano 1, vol. 1, jan.-mar./2000, p. 13 e seg.

²⁸ Assim PELLEGRINI GRINOVER, p. 2, também agradece a colaboração de professores estrangeiros que contribuíram para a crítica do Anteprojeto, dentre eles: Thierry Bourgoignie (Bélgica), Ewoud Hondius (Países Baixos), Eike von Hippel e Nobert Reich (Alemanha), e Mário Frota (Portugal),

²⁹ PELLEGRINI GRINOVER, p. 9 e 10: “O Código, como não poderia deixar de ser, foi buscar sua inspiração em modelos legislativos estrangeiros já vigentes. Os seus redatores, contudo, tomaram a precaução de evitar, a todo custo, a transcrição pura e simples de textos alienígenas...a maior influência sofrida pelo Código veio, sem dúvida, do *Projet de code de la consommation*, redigido sob a presidência do Professor Jean Calais-Auloy.”

consumidor existentes então na França e de origem da Comunidade Européia.³⁰ Efetivamente, desde a década de setenta autores franceses influenciaram em muito o direito latino-americano com suas idéias sobre a proteção dos consumidores.³¹

O Código de Consumo francês (*Code de la consommation*) foi estabelecido pela Lei 93-949 de 26 de julho de 1993,³² possui uma parte legislativa (artigos L, de) e uma parte réglementaire (em vigor pelo Decreto 97-293 de 27 de março de 1997, Artigos R) e remissões à Lei 95-125 de 8 de fevereiro de 1995 relativa à organização das jurisdições de processo civil, penal e administrativo.³³ Permanecem em vigor o *Code Civil* e o *Code de Commerce*.³⁴ O *Code de la Consommation* possui cinco livros: Livro I- Informação ao consumidor e formação dos contratos (Art. L 111 a Art. L 141), Livro II- Conformidade e segurança dos produtos e dos serviços (art. L 211 a 225), Livro III – Endividamento (Art. L 311 a L 341), que inclui o crédito ao consumo (Art. L 311 e seg) e o tratamento do superendividamento, inclusive administrativo e processual (Art. L 331-1); o livro IV- As associações de consumidores (Art. 411 a 422), que inclui o processo coletivo; e livro V- As instituições (Art. L 531 a 562), que inclui a Comissão de Cláusulas abusivas e todo o controle administrativo.

Em resumo, os franceses optaram por manter seu *Code Civil* de 1804 e seu *Code de Commerce* intactos³⁵ e consolidaram todas as normas de proteção do mercado de consumo (incluindo a proteção do consumidor, normas de processo, administrativas, de direito penal

³⁰ Assim a crítica de CALAIS-AULOY, Jean e STEINMETZ, Frank, *Droit de la consommation*, 5. ed., Paris: Dalloz, 2000, p. 31: “Celui-ci ne contient que des textes généraux, applicables à l'ensemble de nombreux textes spéciaux... Ces textes restent, pour la plupart, en dehors du code de la consommation. Ils sont présentés en appendice dans le code Dalloz. Une plus grave critique doit être adressée au code de la consommation: il est, je l'ai dit, une simple compilation. Il reproduit donc les imperfections des textes antérieurs, et notamment leur manque de cohérence.”

³¹ Assim SAUPHANOR, Nathalie, *L'Influence du Droit de la Consommation sur le système juridique*, Paris, LGDJ, 2000, p. 4, mencionando os estudos hoje clássicos de Malinvaud, Borysewicz, Calais- Auloy e Steinmetz.

³² SAUPHANOR, p. 5.

³³ Veja@, p. 30 e 31 e explicação do *Code de la consommation*, Dalloz, Paris, 2000, p. VI.

³⁴ CALAIS-AULOY/STEINMETZ, p. 28 a 31.

³⁵ Sobre a importância desta distinção, GUIMEZANES, Nicole, *Introduction au droit français*, Baden-Baden: Nomos, 1995, p. 28: “Le droit privé se divise essentiellement entre le droit civil et le droit commercial. Le droit civil est le droit privé commun par opposition au droit commercial qui concerne que les relations commerciales.”

econômico e sobre superendividamento)³⁶ em um Código do Consumo transversal. Assim, sem modificar seu Direito Privado, em 1993, a França preferiu organizar um Código de Consumo (“*Code de la Consommation*”), consolidando todas as suas leis internas e as Diretivas especiais de defesa do consumidor.³⁷ Como se observa, o tema do novo Código de consumo não é o consumidor, mas o consumo mesmo e o mercado de consumo, com todas suas implicações. Em outras palavras, o tema ‘consumo’ é transversal e transpassa várias disciplinas, direito civil, direito comercial, econômicos, administrativo, penal e processual. Em uma figura de linguagem, o sistema francês é composto de vários pilares (ou disciplinas, que continuam intactas) e um novo Código, tema ou disciplina que é transversal a todos, como uma ponte sustentada por vários pilares de naturezas diferentes.

2. O MODELO ITALIANO: INCORPORAÇÃO DE ALGUMAS LEIS ESPECIAIS NO CÓDIGO CIVIL

O modelo italiano é o mais citado na comparação com o CC/2002, pois o Codice Civile também unificou o tratamento das obrigações civis e empresárias. Alerta-se que estas semelhanças podem levar a conclusões errôneas, pois as diferenças- em relação ao nosso tema- são mais substanciais do que uma similitude de unificação das obrigações.

A Itália optou por modificar pontualmente a parte especial de seu *Codice Civile*, incluindo a proteção do consumidor nas normas contratuais, cumprindo assim a Diretiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas ao incluir no Código um capítulo novo intitulado “*Dei contratti del consumatore*”.³⁸ Assim os Artigos 1469-bis a 1469-sexies tratam, no

³⁶ Como ensina Gilles Paisant, o direito do superendividamento francês também conheceu evolução lenta, com normas mais processuais e administrativas, e hoje se encontra no Título III do *Code de la Consommation* (PAISANT, Gilles, La réforme de la procédure de traitement du surendettement par la loi du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions, in *RTDcom.* 51 (4), oct.-déc.1998, p. 743 e seg).

³⁷ Veja detalhes in CALAIS-AULOY/STEINMETZ, p. 30-32.

³⁸ Veja Artigos 1469-bis a 1469-sexies tratando no Código Civil Italiano especificamente do tema dos contratos com consumidores, “Capo XIV-bis - Dei Contratti del consumatore”, in DE NOVA, Giorgio, *Codice civile e leggi collegate*, Ed. Zanichelli, UTET, Torino,1999/2000, p. 238 e seg.

Código Civil Italiano unificado, especificamente do tema dos contratos com consumidores e trazem normas especiais, por exemplo de cláusulas abusivas (como a cláusula penal), que não são abusivas nas relações entre iguais, mas que são abusivas na relação do forte/empresário frente ao vulnerável/consumidor.³⁹

Note-se que o Codice Civile é apenas uma das diversas fontes legislativas que compõe o Direito do Consumidor italiano, cuidando mais do controle do conteúdo dos contratos.⁴⁰ Aqui não há, pois, a exclusividade do Código Civil para o tratamento das relações de consumo.⁴¹ Resumindo, com a unificação do Direito Privado e coexistência com as normas especiais para contratos de consumo no Código Civil e em leis especiais, o direito privado italiano é hoje tripartite, mas é sistematizado a partir do Código Civil de 1942. Como ensina Alpa, na Itália, continua a existir uma necessidade de *'coordinamento con altre disposizioni'* do Código Civil e das leis especiais de proteção do consumidor.⁴²

Em uma figura de linguagem, o modelo italiano possui um círculo maior, que é o Código Civil de 1942 e dentro do qual se encontram algumas normas especiais para consumidores, mas uma série de outras normas especarsas e especiais de defesa dos consumidores, em forte descodificação. A especificidade em relação ao francês é incluir, no Código Civil, a figura do contrato com consumidores e manter leis especiais, diferentemente do modelo francês, que optou por duas codificações em separado.

3. O MODELO ALEMÃO: CONSUMIDOR COMO NOVO SUJEITO DO CÓDIGO CIVIL E A INCORPORAÇÃO DE TODAS AS LEIS ESPECIAIS PROTETIVAS NA LEI GERAL E SOCIAL

³⁹ Veja sobre *"asimetria di potere contrattuale"* e *"un nuovo paradigma"*, ROPPO, Vincenzo, *Il contratto del duemila*, Giappichelli Editore, Torino, 2002, p. 23 e seg.

⁴⁰ Assim ALPA, Guido. *Il Diritto dei Consumatori*. Roma: Laterza, 2002, p. 10 e seg.

⁴¹ Sobre a aplicação destas novas normas do *Codice civile* em matéria de contratos de consumo, veja DI GIOVANNI, Francesco, *La regola di trasparenza nei contratti dei consumatori*, Giappichelli Editore, Torino, p. 18-23.

⁴² ALPA, Guido et alii, *La disciplina generale dei contratti*, 8. ed., Giappichelli Ed. Torino, 2001, p. 613 e seg.

Assim como o BGB despertou no século XX intensa atenção científica,⁴³ também esta modificação alemã para a criação de um direito civil, social e geral, deve ser estudada com todo interesse hoje. Os juristas alemães caracterizam-se pela forte capacidade de sistematização e precisão conceitual.⁴⁴ Daí não surpreender que tenham optado por um modelo diferente e sistematizador, reintroduzindo todas (!) as leis especiais de defesa do consumidor em seu famoso Código Civil de 1990, o BGB. Nas reformas de 2000 a 2002, da Parte Geral e do livro do Direito das Obrigações, os alemães optaram por uma conceituação estrita de consumidor (*Verbraucher*, §13 BGB-Reformado) e de empresário/fornecedor (*Unternehmer*, §14 BGB-Reformado),⁴⁵ optando também pela manutenção e expansão das cláusulas gerais combinadas com normas especiais, mais protetivas, e pequenas cláusulas gerais,⁴⁶ quando o civil envolvido na relação obrigacional também é consumidor.

Como já escrevi,⁴⁷ a Alemanha não só modificou profundamente suas normas contratuais da parte especial do BGB, em 2002, mas igualmente optou por incluir na parte geral de seu famoso Código Civil de 1896, entre os sujeitos de direito (da pós-modernidade), o

⁴³ Assim resume SALLEILES, Raymond. *Introduction à l'étude du droit civil allemand*. Paris: Pichon, 1904, p. 3: "Le Code civil allemand aura été l'oeuvre juridique la plus considérable du siècle qui vient de finir. Non seulement il résume à lui seul tout le mouvement scientifique du XIXe. siècle, mais il paraît destiné à servir de point de départ à une nouvelle évolution générale du droit, comparable, toutes proportions gardées, à ce qu'avait été le développement scientifique issu de l'apparition du Code civil français à l'aube du XIXe. siècle."

⁴⁴ Veja como exemplo, as obras de CANARIS, Claus-Wilhelm, *Pensamento sistemático e conceito de Sistema do Direito*, Gulbelkian, Lisboa, 1989 e de WIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*, trad. Tércio S. Ferraz Jr., Brasília, Departamento de Imprensa Nacional, MJ-UnB, 1979.

⁴⁵ Veja definição incluída, em 29.06.2000, no Código Civil alemão. No original: "BGB- § 13 Verbraucher - Verbraucher ist jeder natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann." (BGB- § 13- Consumidor - Consumidor é qualquer pessoa física, que conclui um negócio jurídico, cuja finalidade não tem ligação comercial ou com sua atividade profissional.)

⁴⁶ Veja sobre o tema o artigo de MENKE, Fabiano. "A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos", in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 50, p. 9-35.

⁴⁷ Veja meu artigo, Veja meu artigo com Ulrich Wehner, "Normas de proteção do consumidor (especialmente, no comércio eletrônico) oriundas da União Europeia e o exemplo de sua sistematização no Código Civil Alemão de 1896 - Notícia sobre as profundas modificações no BGB para incluir a figura do consumidor" sobre o tema in RDC vol. 34, p. 50 a 53..

consumidor e o empresário/fornecedor.⁴⁸ Entre 2000 e 2002, o Parlamento alemão modificou substancialmente o Código Civil Alemão e uma série de leis esparsas, cumprindo assim a determinação das Diretivas Européias e os reclamos de sistematização da proteção do consumidor naquele país.⁴⁹ No Direito das Obrigações, os §§ 305 a 310 receberam o conteúdo da famosa AGBG de 1976, o § 312 passou a regular o comércio eletrônico e as informações especiais impostas neste tipo de comércio a distância, foi criado um direito geral de arrependimento e garantias especiais para os consumidores (§ 280, § 346 e § 347, § 361a), regulado ainda mais o dever de informar do fornecedor (§ 361b) e de viagens (§609). Em geral, foi criado um direito de denúncia dos contratos (cativos) de longa duração por motivo justo (§ 314), possibilidade de rescisão e renegociação pela quebra da base do negócio (§ 313), responsabilidade pela *culpa in contrahendo* (§ 311) e positivou-se a responsabilidade pela confiança e a existência dos deveres anexos de conduta de boa-fé, criando-se uma nova cláusula geral no § 241,2 do BGB-Reformado. A cláusula geral sobre os deveres oriundos de uma relação obrigacional é a seguinte: “§ 241. 2. *As relações obrigacionais podem, conforme o seu conteúdo, obrigar a outra parte a considerar direitos (Rechte), patrimônio (Rechstegütern) e interesses (Interessen) da outra parte*”. E, em um país de primeiro mundo, com um sistema excelente de comunicações e transportes, considerou-se por bem aumentar os prazos prescricionais, que agora são de 3 anos, 10 anos e, para atos ilícitos que tenham conexão com direitos humanos (veja § 195, §196 e §199,2 do BGB-Reformado), de até 30 anos! Mesmo as normas gerais possuem sempre um inciso referindo-se ao consumidor, como, por exemplo, o § 241a do BGB-Reformado sobre envio de produtos não solicitados. Os incisos 1 e 2 são para o direito civil em geral, já o inciso 3 inicia afirmando: Se o envio foi para um consumidor...este não suportará os custos da devolução... Assim, para consumidores a regra é semelhante ao nosso Art. 39, parágrafo único, para iguais, não. Outro

⁴⁸ Veja meu artigo, MARQUES, Cláudia Lima, “Cem anos de Código Civil Alemão: O BGB de 1896 e o Código Civil Brasileiro de 1916”, in *Revista dos Tribunais* de julho 1997, São Paulo, Nr. 741, pg. 11 a 37.

⁴⁹ Desde von HIPPEL prega a doutrina alemã que a sistematização da proteção do consumidor era necessária e útil, veja HIPPEL, Eike von, *Verbraucherschutz*, J.C.Mohr Verlag, Tübingen, 1986, p. 44 e 45

bom exemplo, são as pequenas cláusulas gerais para beneficiar os consumidores, como o famoso § 9 da AGBGesetz que se transformou no § 307 do BGB-Reformado, com o título ‘Controle de conteúdo’ dos contratos de adesão ou com condições gerais contratuais, que continua a aplicar –de forma mais forte- a boa-fé nestas relações, sem prejuízo da manutenção do § 242 como sempre foi!

Em resumo, a Alemanha modificou seu Direito das Obrigações incluindo normas especiais e mesmo cláusulas gerais especiais para a proteção dos consumidores. Como explica Medicus, o direito das obrigações existia em leis especiais ao lado do BGB desde 1900 (no Código Comercial-HGB, na Lei sobre pagamento-AbzG de 1894, na lei do império sobre responsabilidade civil de 1871 (ReichshaftpflichtGesetz),⁵⁰ daí a vontade dos alemães de sistematizarem estas normas incorporando-as à lei geral. Intacto restou o Código Comercial alemão, HGB.

Destaque-se, na parte geral, no capítulo dedicado às pessoas (“*Erster Abschnitt. Personen*”), a inclusão das figuras do consumidor e do fornecedor, de forma surpreendente e original, ainda mais se observarmos que não houve definição de relação de consumo, considerada apenas mais uma relação jurídica (*Rechtsgeschäft*- § 104 e seg. BGB) civil entre fracos (leigos) e fortes (profissionais), e que mesmo a União Européia jamais definiu consumidor de forma genérica para todas as suas Diretivas. Trata-se de uma opção original em Direito Comparado, uma modificação da parte geral como forma de sistematizar a proteção do consumidor, consolidando as regras especiais para as relações de consumo dentro de seu Código Civil de 1896, como expressão de um renovado Direito Civil social e de proteção dos mais fracos.⁵¹

⁵⁰ Medicus, Dieter. *Schuldrecht I – Allgemeiner Teil*, 13.Ed., Munique: Beck, 2002, p. 19 (Nr. 37-39).

⁵¹ Note-se que em 2000, na introdução a 45ª edição do BGB-dtv, Helmut KÖHLER já especificava a opção alemã de incluir o “Direito do Consumidor” dentro do “Direito Civil” e dividia seu texto em 10 partes: “I-Conceito e Função do Direito Privado; II-Origens do BGB; III-Linguagem e Técnica Legislativa do BGB; IV- Conteúdo, Estrutura e Conceitos Básicos do BGB; V- O desenvolvimento do Direito Civil no século 20; VI-Direito Civil e Proteção do Consumidor, VII - Direito Civil e proteção do meio ambiente, VIII - Direito Civil e Reunificação Alemã, IX- Direito Civil e União Européia, X. Interpretação e Desenvolvimento (*Fortbildung*) do Direito Civil” (KÖHLER, Helmut, *Einführung zum BGB*, 45. Ed., Beck Verlag/DTV, Munique, 2000, p. IX a XXXIII).

Efetivamente, parece extremamente significativo, que a Alemanha, um país principal do Direito Comparado, tenha modificado agora o seu Código Civil para *receber* a figura do consumidor (novo § 13 BGB-*Verbraucher*) e do fornecedor (novo § 14 BGB-*Unternehmer*), absorvendo assim, no seio da codificação do Direito Civil, o seu filho mais novo, o Direito do Consumidor. Assim, as relações de consumo são hoje Direito Civil geral na Alemanha. Estas relações mistas, entre um empresário, pessoa física ou jurídica profissional que fornece produtos ou serviços (§ 14 do BGB), e um consumidor, pessoa física com fins não profissionais (§13 do BGB) são Direito Civil, não Direito Comercial ou Direito puramente Econômico, como muitos defendiam. O Direito Civil renasce como centro científico do Direito Privado para abraçar a proteção dos mais fracos, dos vulneráveis, dos consumidores. Um Direito Civil assumindo a sua função social e de harmonia em todas as relações civis, inclusive as de consumo, evitando assim o radicalismo das disciplinas autônomas e procurando uma nova sistematização.”

Este modelo alemão pode ser comparado (permitam-me a figura de linguagem) a um círculo abrangente, que seria o direito civil novo do BGB-Reformado, com , e um núcleo duro, composto pelas normas especiais para proteção dos consumidores, nos novos parágrafos incorporados das antigas leis especiais, assim como suas cláusulas gerais privilegiadoras. Outro círculo seria o Direito Comercial.

B) O MODELO *SUI GENERIS* BRASILEIRO: UM CÓDIGO PARA IGUAIS E UM CÓDIGO PARA DIFERENTES

Segundo o coordenador da Comissão elaboradora do novo Código Civil Brasileiro, o Professor da Universidade de São Paulo, Miguel Reale, esta nova lei, unificadora das obrigações civis e comerciais, seria uma verdadeira “*constituição* do homem comum...lei por excelência da sociedade civil”.⁵² A Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, instituindo o Código Civil Brasileiro,⁵³ revogou ao mesmo tempo o Código Civil

⁵² Reale, Miguel. “Visão Geral do novo Código Civil”, *Revista de Direito Privado*, vol. 9 (jan./mar. 2002), p. 9.

⁵³ *Diário Oficial* de 11 de janeiro de 2002, edição extra. A *vacatio legis* de um ano imposta

de 1916, elaborado por Clóvis Beviláqua,⁵⁴ e a parte primeira do Código Comercial de 1850 (Art. 2.045 da Lei 10.406/2002),⁵⁵

Inovar com prudência, em um sentido de evolução (não revolução), foi a opção da Comissão elaboradora do Anteprojeto.⁵⁶ Segundo Miguel Reale, os três princípios fundamentais ou diretrizes do novo Código são: eticidade, socialidade e operabilidade.⁵⁷ O princípio da eticidade procura incluir valores éticos na prática do direito privado brasileiro através da introdução de muitas (e claras) cláusulas gerais, “*a fim de possibilitar a criação de modelos hermenêuticos, quer pelos advogados, quer pelos juízes, para contínua atualização dos preceitos legais*”.⁵⁸ Assim impõe a interpretação segundo a boa-fé (Art. 113), traz uma nova definição de abuso de direito (Art. 187), uma cláusula geral da boa-fé (Art. 422), e a possibilidade de revisão por onerosidade excessiva (Art. 478), conferindo “*maior poder ao juiz para encontrar a solução mais justa e equitativa*”.⁵⁹

Por ‘socialidade’ entende Miguel Reale “*o objetivo do novo Código no sentido de superar o manifesto caráter individualista da Lei vigente [CC/1916], feita para um país eminentemente agrícola, com cerca de 80% da população no campo. Hoje em dia, vive o povo brasileiro nas cidades, na mesma proporção de 80%...Daí o predomínio do social sobre o individual*”.⁶⁰ Impõe o novo Código Civil, assim, a função social do contrato (Art. 421),⁶¹ a interpretação a

pelo Art. 2.044 concluiu-se em 12 de janeiro de 2003, segundo defendem Nery, Nelson e Nery, Rosa, *Novo Código Civil e legislação extravagante anotados*, 2.ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003, p. 853.

⁵⁴ Sobre o antigo Código Civil de 1916, veja Lima Marques, Claudia, *Das BGB und das brasilianische Zivilgesetzbuch von 1916*, no livro *Auf dem Wege zu einem gemeineuropäischen Privatrecht - 100 Jahre BGB und die lusophonen Länder*, Erik Jayme/Heinz Peter Mansel (Coord.), Nomos, Baden-Baden, 1997, pg. 73-97.

⁵⁵ O texto é: “*Art. 2.045. Revogam-se a Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 - Código Civil e a Parte Primeira do Código Comercial, Lei nº 556, de 25 de junho de 1850.*”

⁵⁶ Assim se manifesta Reale, Miguel, *O projeto de Código Civil*, São Paulo, Saraiva, 1986, p. 25.

⁵⁷ Reale, *Visão Geral do novo Código Civil*, p. 12.

⁵⁸ Reale, *Visão Geral do novo Código Civil*, p. 12.

⁵⁹ Assim ensina, Gonçalves, Carlos Roberto, *Principais Inovações no Código Civil de 2002*, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 5

⁶⁰ Reale, *Visão Geral do novo Código Civil*, p. 12.

⁶¹ Veja, por todos, Theodoro Jr., Humberto, *O contrato e sua função social*, São Paulo: Forense, 2003, p. 1 e seg. Assim também Sens dos Santos, Eduardo, O novo Código Civil e as cláusulas gerais: exame da função social do contrato, in *Revista Forense*, vol. 364 (nov./dez.2002), p. 99 (83-102): “O direito de contratar deve ser exercido de acordo com o que determina a atual conjuntura da sociedade: visando à coletividade, aos interesses difusos,

favor do aderente nos contratos de adesão (Art. 423), a natureza social da posse a facilitar o usucapião para moradias (art. 1238, 1239, 1240 e 1242) e regulamenta a função social da propriedade (Art. 1228).⁶² A ‘socialidade’ deve refletir “a prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundamental da pessoa humana.”⁶³

Já a diretriz ou princípio básico da ‘operabilidade’ visa facilitar a aplicação (uso, operação, interpretação ou efetividade) do novo texto legal. Nas palavras de Reale: “*Dar ao Anteprojeto antes um sentido operacional do que conceitual, procurando configurar os modelos jurídicos à luz do princípio da realizabilidade, em função das forças sociais operantes no País, para atuarem como instrumentos de paz social e de desenvolvimento.*”⁶⁴ Em outras palavras, visa “estabelecer soluções normativas de modo a facilitar sua interpretação e aplicação pelo operador do direito.”⁶⁵ Sendo assim especial cuidado foi dado às definições legais da Parte Geral, visando terminar com polêmicas, como as em relação aos casos de prescrição e de decadência, flexibilizar a aplicação, por exemplo, permitindo o arbitramento de aluguéis e usando o recurso legislativo das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados⁶⁶ para casos difíceis, que necessitam da concreção do juiz.⁶⁷

Segundo Miguel Reale,⁶⁸ as outras diretrizes do novo Código foram justamente conseqüências destas três, como a decisão de manter uma Parte Geral, desenvolvendo os direitos da personalidade (art. 11 a 21) e incluindo os negócios jurídicos (Art. 104 a 184, regulamentando a representação), assim como, na parte especial, unificar as obrigações

ao bem-estar e ao desenvolvimento.” Veja ainda críticos, Theodoro de Mello, Adriana Mandim, “A função social do contrato e o princípio da boa-fé no novo Código Civil Brasileiro”, in *Revista Forense*, vol. 364 (nov./dez.2002), p. 8 e 9 (p. 3-19) e Wald, Arnold, “A função social e ética do contrato como instrumento jurídico de parcerias e o novo Código Civil de 2002”, in *Revista Forense*, vol. 364 (nov./dez.2002), p. 29.

⁶² Exemplos dados por Reale, *Visão Geral do novo Código Civil*, p. 13.

⁶³ Assim ensina, Gonçalves, p. 5

⁶⁴ Mensagem 160 –Exposição de Motivos, in Nery/Nery, p. 119.

⁶⁵ Reale, *Visão Geral do novo Código Civil*, p. 14.

⁶⁶ Sobre esta técnica legislativa escreve Cambler, Everaldo Augusto, *Comentários ao Código Civil Brasileiro- Direito das Obrigações*, vol. III (Arts. 233 a 3003), Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 18: “utiliza as denominadas cláusulas gerais, ou seja, normas jurídicas incorporadas de princípios éticos, orientadoras das partes e do Juiz na solução do caso concreto, autorizando-o a que estabeleça, de acordo com aquele princípio, a conduta que deveria ter sido originalmente adotada.”

⁶⁷ Assim exemplifica Reale, *Visão Geral do novo Código Civil*, p. 14.

⁶⁸ Assim explica Reale, *Visão Geral do novo Código Civil*, p. 15.

civis e comerciais, incluindo um livro sobre o Direito da Empresa, ficando de fora o Direito do Trabalho e as demais leis especiais não incorporadas (Art. 2.035). Vejamos, pois, as consequências práticas destas opções legislativas do novo Código Civil de 2002, em relação ao Código de Defesa do Consumidor e às relações de consumo.

1. O MANDAMENTO CONSTITUCIONAL DE DEFESA DO SUJEITO VULNERÁVEL, O CONSUMIDOR (ART. 5, XXII DA CF/88) E DA ELABORAÇÃO DE UM MICROCÓDIGO AUTÔNOMO E PROTETIVO (ART. 48 ADCT/CF/88)

Segundo o grande jusfilósofo alemão Gustav Radbruch, a imagem que um sistema jurídico faz de pessoa, a proteção e a tutela que assegura às pessoas, caracteriza este sistema jurídico.⁶⁹ Em nosso caso, a opção da Constituição Federal de 1988 de tutela especial aos consumidores, considerados agentes econômicos mais vulneráveis no mercado globalizado, foi uma demonstração de como a ordem econômica de direção devia preparar o Brasil para a economia e a sociedade do século XXI. Efetivamente, o direito do consumidor é direito fundamental, direito humano de nova geração, direito social e econômico positivado na Constituição Brasileira (art. 5, XXXII CF/88). E se a pós-modernidade, segundo Erik Jayme, é a época do pluralismo, com reflexos no direito na pluralidade de leis especiais, de agentes a proteger, de sujeitos de uma relação de consumo, certo é que, segundo este pensador alemão, a este pluralismo se une o *Leitmotiv* do renascimento dos direitos humanos, do *revival* da importância dos direitos fundamentais, individuais ou mesmo coletivos, contrapondo-se antinomicamente ao movimento de aproximação econômica e de abertura comercial mundial.⁷⁰

⁶⁹ Radbruch, Gustav. *Rechtsphilosophie*, 2. edição comentada por DREIER, Ralf e PAULSON, Stanley L., Heidelberg: C.F. Müller, 2003, p. 124 a 127. Veja sobre a importância da aula magna de Gustav Radbruch na Universidade de Heidelberg, em 1926, intitulada "A pessoa no Direito" (RADBRUCH, Gustav, *Der Mensch im Recht* (Heidelberger Antrittsvorlesung, Tübingen, Mohr, 1927, p. 9 a 22), in LAUFS, Adolf, *Persönlichkeit und Recht*, Baden-Baden, Nomos, 2001, p. 182.

⁷⁰ JAYME, Recueil des Cours, pg. 36.

Como afirmamos anteriormente,⁷¹ do “seu aparecimento nos Estados Unidos levou certo tempo para o consumidor “surgir” como figura legislativa no Brasil.⁷² Daí a importância da Constituição de 1988 ter reconhecido este novo sujeito de direitos, assegurado sua proteção (Art. 5, XXXII e Art. 170, inciso V da CF/88) e mandado (*Gebot*) legislar sobre seus direitos (Art. 48 dos ADCT). A Constituição de 1988 é a origem da codificação tutelar dos consumidores no Brasil.⁷³

Interessante observar que também Jayme procura na Constituição a resposta para as antinomias modernas e a complexidade de sistemas legais descodificados.⁷⁴ É o que parece acontecer no Brasil,⁷⁵ onde a Constituição de 1988 prima pela lista de direitos fundamentais, dentre os quais se destaca o definido pelo inciso XXXII do art. 5: “O Estado promoverá na forma da lei a defesa do consumidor.” O art. 48 das Disposições Transitórias da Constituição Federal de 1988 ordenou ao legislador ordinário organizar um Código de Defesa do Consumidor, em plena era da descodificação.⁷⁶ Assim, desta lista de direitos fundamentais nascerá a legislação infraconstitucional, os novos códigos, uma codificação já diferente.⁷⁷ É a reconstrução através de nova

⁷¹ Veja detalhes em meu texto, “Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos”. *Revista de Direito do Consumidor* 35, 2000, p. 61 e seg.

⁷² Sobre a evolução no direito comparado e a tramitação do projeto no Brasil, veja a introdução de Ada Pellegrini Grinover e Antônio Herman Benjamin, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto*, 8.ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 2004, p. 1 a 11.

⁷³ Veja definição de Nolde: „La Codification pourrait être définie comme la création de „système“ de règles de droit logiquement unifiées“, citado por JAYME, Erik, „*Considerations historiques et actuelles sur la codification du Droit International Privé*“, in *Recueil des Cours de l'Académie de la Haye*, n. 177 (1982, IV), p. 23. Pela sobrevivência da idéia de codificação no Brasil, veja ANDRADE, Fábio Siebeneichler de, *Da Codificação- Crônica de um Conceito*, Ed. Livraria dos Advogados, Porto Alegre, 1997, p. 172.

⁷⁴ JAYME, *Recueil* 1995, p. 36 e seg.

⁷⁵ CLAVERO, Bartolomé, *Codificación y Constitución: Paradigmas de un binomio*, in Quaderni Fiorentini, Nr. 18 (1989), p. 81 e 82.

⁷⁶ A expressão constitui o título da famosa obra de 1979 do italiano Natalino Irti (*L'età della decodificazione*), na qual previa o fim das codificações que marcaram os sécs. XVIII e XIX. Os códigos superados pelas leis esparsas passariam a fonte residual do direito privado. Apesar de realista a observação, contra ela levantaram-se autorizadas vozes, no XI Congresso da „Académie de Droit Comparé“, em 1982, em Caracas, alertando que legislar em forma de Código trazia em si muitas vantagens.

⁷⁷ Defendendo uma codificação diferenciada, souple e especializada em tempos neoliberais, Nusdeo, Fábio, *Fundamentos para uma Codificação do Direito Econômico*, Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 169 e seg.

microcodificação.⁷⁸ O Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, nasce, pois, da Constituição brasileira. O artigo 5º estabelece como direito fundamental do cidadão brasileiro, a defesa dos seus direitos como consumidor. O artigo 170 estabelece que a ordem constitucional econômica do nosso mercado será baseada na livre iniciativa (caput), mas limitada pelos direitos do consumidor (inciso V). E por fim, o artigo 48 das disposições transitórias, determina elaborar lei tutelar exatamente em forma de código: um todo construído, conjunto de normas sistematizado por uma idéia básica, a da proteção deste sujeito especial. O instrumento de renovação teórica, o instrumento de renovação dos direitos fundamentais do cidadão, estava dada, estava posto na Constituição.”

Eis porque identificar este sujeito protegido, sujeito de direitos especiais, agente escolhido para receber um microssistema tutelar legal é a pedra de toque do CDC. Os direitos básicos positivados são “do consumidor”, assim definido pelo CDC e de ninguém mais. Daí correto o CDC, que, em seu artigo primeiro, esclarece que este “Código” tutelar, este sistema de normas construído e organizado a partir da identificação do sujeito beneficiado, “*estabelece normas de proteção do consumidor, de ordem pública e interesse social*”. Neste sentido, é de se refletir se não fere o Princípio da Igualdade, da Dignidade da Pessoa Humana e o Princípio imanente da Justiça Social tratar os “iguais” (profissionais) como se “diferentes” (e fracos) fossem, como defende a teoria maximalista.⁷⁹ As relações inter-empresariais são relações, em princípio entre iguais, e recebem no CC/2002 um tratamento justo e equitativo. Somente as excessões, em que se puder equiparar um dos empresários’ a consumidor é que o CDC pode encontrar aplicação excepcional, em detrimento do outro fornecedor. A entrada em vigor do CC/2002 representa assim uma chance para a teoria finalista,⁸⁰ como veremos a seguir.

⁷⁸ Segundo Filomeno, p. 19, o CDC é um microssistema jurídico de caráter inter e multidisciplinar, Filomeno, José Geraldo Brito, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*, Ed. Forense Universitária, Rio de Janeiro, 6.ed., 1999, p. 19.

⁷⁹ Veja as obras de Antonio Effing, Alinne Arquette Leite Novais e Márcio Casado, todas da Biblioteca Direito do Consumidor, dentre as mais recentes.

⁸⁰ Veja a polêmica entre finalistas e maximalistas, sobre o campo de aplicação subjetivo do CDC e a jurisprudência dos 10 primeiros anos de vigência da lei em meu livro, *Contratos*, 4. ed., p. 252 a 500.

Assim, se analisamos o CDC como sistema, como contexto construído, codificado, organizado de identificação do sujeito beneficiado, veremos que o CDC brasileiro não é um Código de “consumo”, como a consolidação legal francesa, nem é uma lei geral, que contém dentro de si normas especiais protetivas para a proteção dos mais fracos ou consumidores como o BGB-Reformado. O CDC brasileiro concentra-se no sujeito de direitos (e não em atos de consumo), visa proteger *este sujeito identificado constitucionalmente* como vulnerável e especial, sistematiza suas normas a partir desta idéia básica de proteção de apenas um sujeito “diferente” da sociedade de consumo: o consumidor. É *Código* (todo construído sistemático) de *Proteção* (idéia básica instrumental e organizadora do sistema de normas oriundas de várias disciplinas necessárias ao reequilíbrio e efetivação desta defesa e tutela especial) do *Consumidor*!

2. A NÃO REVOGAÇÃO EXPRESSA OU TÁCITA DO CDC PELO CC/2002: PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR COMO TEMA NÃO INCORPORADO

Como escrevi anteriormente,⁸¹ a revogação do CDC pelo CC/2002 como lei geral mais nova não ocorreu. A lei geral mais nova geralmente preserva as leis especiais e regula expressamente os conflitos e sua hierarquia. O CC/2002, na sua versão aprovada em janeiro de 2001, não possui uma norma de revogação geral tácita, mas, sim, revoga expressamente o próprio Código Civil de 1917 e parte do Código Comercial de 1850, afirmando apenas: “*Art. 2.045. Revogam-se a Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 - Código Civil e a Parte Primeira do Código Comercial, Lei nº 556, de 25 de junho de 1850.*” Já o Art. 2043 preserva apenas as normas penais, processuais e administrativas, indicia a existência de uma revogação tácita, mas revogação somente das leis especiais incorporadas expressamente no texto do CC/2002, afirmando: “*Art. 2.043. Até que por outra forma se disciplinem, continuam em vigor as disposições de natureza processual, administrativa ou penal, constantes de leis cujos preceitos de natureza civil hajam sido incorporados a este Código.*”

⁸¹ Repetiremos aqui parte do texto de meu livro, *Contratos*, 4. ed., p. 552 a 559.

Ocorre que o novo Código Civil Brasileiro, a contrário do Código Civil alemão reformado em 2000,⁸² nada menciona sobre ‘consumidores’. Esta expressão constitucional (Art. 170,V da CF/88) não mencionada em 2.045 normas⁸³ do novo CC/2002 (são mencionadas apenas as expressões ‘consumo’, em seu sentido clássico de destruição, no Art. 86, 307, 1290 e 1392, bens ‘destinados a consumo’, nos Art. 206 e 592 e crimes ‘contra as relações de consumo’, no §1 do Art. 1.011). Sendo assim, podemos concluir, com certeza, que ao CDC não se aplica a norma do Art. 2.043 do CC/2002.

Em outras palavras, é de se concluir que o CDC e o tema de defesa do consumidor não foi “incorporado” ao CC/2002. Ao contrário, é considerado pelo próprio CC/2002 como um tema a ser regulado por lei ‘especial’ (como expressamente prevê a Constituição Federal, Art. 48 dos ADCT). A história legislativa do projeto ensina que a redação anterior do artigo final do Código (antigo Art. 2040) era mais abrangente e afirmava que ficariam : “*revogados o Código Civil e a Parte Primeira do Código Comercial, Lei nº 556, de 25 de junho de 1850, e toda a legislação civil e mercantil abrangida por este Código, ou com ele incompatível...*”(grifo nosso). Como explica o relator, Deputado Fiúza, a “boa técnica legislativa” o levou à Câmara a determinar quais as leis que o CC/2002 revogaria e a redação do Art. 2.045 do CC/2002 ficou como se apresenta hoje: sem a revogação tácita do CDC.⁸⁴

Sendo assim, se a mensagem de 1975 pretendia “incluir na sistemática do Código...a matéria contida em leis especiais promulgadas depois de 1916”⁸⁵ A verdade é que, face ao mandamento constitucional de elaborar um Código (Art. 48 ADCT/CF), uma lei especial voltada para a defesa só do consumidor, o CC/2002 restringiu-se a incorporar

⁸² Veja meu artigo com Ulrich Wehner sobre o tema in RDC.

⁸³ Note-se que o inciso I do Art. 1467 menciona a palavra ‘consumidores’ como sinônimo de ‘fregueses’ dos hospedeiros e dos fornecedores de alimentos e pousada ao regular o penhor legal. O texto é o seguinte: “ I -os hospedeiros, ou fornecedores de pousada ou alimento, sobre as bagagens, móveis, jóias ou dinheiro que os seus *consumidores* ou fregueses tiverem consigo nas respectivas casas ou estabelecimentos, pelas despesas ou consumo que aí tiverem feito;”

⁸⁴ Veja Câmara dos Deputados, Relatório final do Relator Deputado Ricardo Fiúza, *Código Civil*, Brasília, 2000, p. 115.

⁸⁵ Mensagem nr. 160 de 1975, in TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, *O Novo Código Civil*, Del Rey, 2001, p. 322.

leis anteriores a 1975, em matéria obrigacional, com algumas adaptações nos anos 90. Conclui-se que os revisores do CC/2002 não tiveram a pretensão de ‘incorporar’ o CDC ou qualquer norma de proteção específica do consumidor ao Código Civil de 2002. A proteção assegurada é geral, respeitando a lei especial de tutela dos direitos dos consumidores.

3. UNIFICAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES CIVIS E COMERCIAIS E A DISTINÇÃO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO: IGUALDADE E EQÜIDADE NO TRATAMENTO DOS SUJEITOS DESIGUAIS E SUAS RELAÇÕES MISTAS

Conforme Miguel Reale, uma diretriz principal da elaboração do novo Código Civil foi a de superar o individualismo do Código Civil de 1916 e unificar as obrigações civis e comerciais, respeitando a existência de leis especiais, de forma a estabelecer: “*a) a compreensão do Código Civil como lei básica, mas não global, do Direito Privado, conservando-se em seu âmbito, por conseguinte, o direito das obrigações sem distinção entre obrigações civis e mercantis, consoante diretriz já consagrada, nesse ponto, desde o Anteprojeto do Código de Obrigações de 1941, e reiterada no Projeto de 1965.*”⁸⁶

O novo Código Civil Brasileiro de 2002 deseja ser, pois, *um Código central e para iguais*! Mister destacar, portanto, a noção subjacente da *igualdade*, que está intrinsecamente ligada a noção – tão importante em matéria contratual- da *eqüidade* (*Justiça para o caso concreto*)! Em outras palavras, não sendo o Código Civil de 2002 (CC/2002) um Código exaustivo ou total e sim um Código ‘central’, pressupõe, em suas regras de transição ou disposições voltadas para o conflito de leis no tempo, a continuação de leis especiais.

Dentre as leis de Direito Privado mais importantes no Brasil na última década encontra-se o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), cujo espírito e teleologia estão ligados a um novo paradigma, o paradigma de *diferença*, da *igualdade* dos desiguais, do tratamento desigual para os desiguais, do tratamento de grupos ou plural, de

⁸⁶ Exposição de Motivos do Anteprojeto do Código Civil (16 de janeiro de 1975), Mensagem 160, in Nery/Nery, p. 115.

interesses difusos e de equidade, em uma visão mais nova, também chamada de pós-moderna.⁸⁷ Efetivamente, o Código de Defesa do Consumidor-CDC é um contraponto em relação ao campo de aplicação do CC/2002, pois prevê o tratamento especial dos diferentes ou vulneráveis caracterizados como consumidores (Art. 2º, caput, Parágrafo único do Art. 2º, Art. 29 e Art. 17 do CDC). Assim, pode ser considerado o mais importante exemplo do atual pluralismo de fontes e agentes no direito privado brasileiro.

O *pluralismo*,⁸⁸ a pluralidade de métodos, de fontes e de agentes econômicos caracteriza e desafia o Direito Privado brasileiro atual. É o desafio proposto pelo aparecimento de novos sujeitos de direitos, que levam à distinção do campo de aplicação de uma norma subjetivamente com base no agente econômico envolvido (civil, empresário ou consumidor).

A pergunta que fica é se a pluralidade de agentes ou ‘subjativismo’ não levará - novamente - à fragmentação (*Zersplitterung*) do Direito Privado e uma necessária co-habitação de dois paradigmas, duas lógicas: a relação entre iguais e a relação entre diferentes.⁸⁹ Autores espanhóis já estão dividindo o Direito Privado (Europeu), que é centrado na regulação do mercado integrado, logo, com campo de aplicação *ratione materiae*, novamente em “direito privado patrimonial”, que incluiria o aqui tratado direito obrigacional reunificado, o direito civil patrimonial, o direito empresarial, o direito do consumidor e o direito privado não-patrimonial (direito de família e sucessões).⁹⁰

Como ensina Philippe Mastronardi, a maneira de pensar do jurista é quase sempre bipolar (direitos/deveres, *Schuld/Haftung*, objetivo/

⁸⁷ Sobre a caracterização do CDC com traços pós-modernos, veja Lima Marques, Claudia. “Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos”, in *Revista Direito do Consumidor*, 35 (2000), p. 61 e seg.

⁸⁸ Segundo Jayme, *Recueil des Cours*, 251 (1995), p. 60 e seg., o pluralismo é a grande característica do direito pós-moderno. Veja sobre pluralismo jurídico e pós-modernismo também, Hespanha, António M., *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*, Ed. Europa-América, 2.ed., p. 246 e seg. (em especial, p. 255 a 259).

⁸⁹ Assim, analisando a América Latina, como “exemple de cohabitation de deux cultures et de deux langues”, JAYME, Erik, *Langue et Droit. Rapport général-Bristol 1998*, in: *Rechtsvergleichung- Ideengeschichte und Grundlagen von Emerico Amari zur Postmoderne*, C.F. Müller, Heidelberg, 2000, p. 118.

⁹⁰ Veja neste sentido, SÁNCHEZ LORENZO, Sixto A., *Derecho privado europeo*, Ed. Comares, Granada, 2002, p. 202 e 203.

subjetivo etc.), a procurar diferenças e semelhanças, a distinguir (*differenzieren*) desde o tempo dos romanos e a fazer generalizações desde o século XII (*generalisieren*).⁹¹ Assim as distinções entre os contratos ou obrigações entre dois civis, dois empresários e entre um empresário e um civil ou consumidor, persistem e ganham força apesar da unificação realizada pelo novo Código Civil. Há que se procurar na função social de cada um destes contratos (Art. 421) a linha de sua interpretação. No caso dos contratos de consumo, haverá prioridade (primazia) de aplicação do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90) em relação ao novo CC/2002.⁹² O diferente aqui é o sincretismo de métodos (*Methodensynkretismus*),⁹³ temos a distinção e a unificação lado a lado, ao mesmo tempo, no mesmo sistema de direito privado brasileiro. Um bom exemplo desta coabitação de métodos legislativos é o próprio Direito da empresa do CC/2002.

De um lado, o CC/2002 faz uma opção “italiana”, ou semelhante ao Codice Civile de 1942, unificando o tratamento das obrigações civis e comerciais e revogando a primeira parte do Código Comercial. No Código Civil de 2002, esta opção vem acompanhada de um livro novo dedicado à empresa (elemento considerado unificador do Direito Privado), mas não vem acompanhada de mudanças substanciais na Parte Geral, referente aos sujeitos de direito (não há qualquer menção ao consumidor) e nem de um capítulo (modelo italiano) especial sobre contratos de consumo ou normas e cláusulas gerais especiais para a proteção dos mais fracos no Direito Privado (modelo alemão).

Comparando opção brasileira com a realizada na Alemanha, na Reforma do BGB ocorrida nos anos 2000 e 2001, no Brasil houve a inclusão da figura do ‘Empresário’, mas não a de ‘consumidor’ no Código Civil de 2002. Esta inclusão da figura do empresário no Código Civil Brasileiro de 2002, no Art. 966,⁹⁴ sem que tenha sido incluído a

⁹¹ Mastronardi, Philippe, *Juristisches Denken*, Verlag Paul Haupt, Berna/Stuttgart/Viena, 2001, p. 209.

⁹² Veja sobre tema detalhes meu artigo Marques, Claudia Lima, “Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do diálogo das fontes no combate às cláusulas abusivas”, in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 45 (jan.-março 2003), p. 71 a 99.

⁹³ Assim ensina Kaufmann, Arthur, *Das Verfahren der Rechtsgewinnung- Eine rationale Analyse*, Beck. Munique, 1999, p. 8 e seg.

⁹⁴ O texto é o seguinte:” Art. 966. *Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade*

do consumidor (semelhantermente ao *Verbraucher* do § 14 do BGB), deixa intacto o microssistema de direito do consumidor. Assim, o CDC, continua a regular com suas normas especiais –com primazia e prioridade – as relações de consumo. As normas do CC/2002 podem ser aplicadas às relações de consumo como normas gerais, subsidiárias e no que couber, ou quando especifiquem sua aplicação ao caso ou contrato. A opção alemã de incluir no BGB, Código geral, todas as leis esparsas referentes as relações ou contratos de consumo, regulando-as através de normas especiais e fazendo brilhar mais fortes as exigências da boa-fé e da proteção da confiança quando presente um consumidor, não foi seguida pelo direito brasileiro, que segue trabalhando com um Código central, subsidiário e um microcódigo especial prevalente, que define seu próprio campo de aplicação exclusivo.

Em resumo, se o novo Código Civil de 2002 modificou o Direito Privado brasileiro, unificando o direito das obrigações, e definiu o empresário (Art. 966), a sociedade empresária (Art. 982) e o estabelecimento (art. 1.142), não definiu –assim como também não o fez o Código Civil Italiano de 1942- o elemento unificador do direito privado: a empresa. Trata-se, pois, de uma opção subjetiva: a definição do papel que o sujeito exerce no mercado, naquele preciso momento e naquele contexto relacional, é que definirão o campo de aplicação das leis e a maneira como elas ‘dialogam’ ou se aplicam, ao mesmo tempo, àquela mesma situação jurídica: prioritariamente ou subsidiariamente! E mais do que isto, a finalidade (civil, empresarial ou de consumo) da relação é outro fator a considerar. Isto valoriza a teoria finalista de interpretação do CDC e a definição principal de consumidor do artigo 2º do CDC: “*Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.*”

Em outras palavras, do domínio desta destinação subjetiva e finalista (relação entre iguais, de finalidade puramente civil ou de finalidade comercial e relação mista entre diferentes ou de consumo), depende a própria compreensão sobre a aplicação da nova lei (CC/

econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.”

2002) e suas antinomias (reais e aparentes) ou diálogos com as leis especiais anteriores, como o CDC.

Se tivéssemos que utilizar uma figura de linguagem para descrever o modelo *sui generis* brasileiro, o direito privado brasileiro reconstruído pela Constituição de 1988 seria semelhante a um edifício. O Código Civil de 2002 é a base geral e central, é o próprio edifício, em que todos usam o corredor, o elevador, os jardins, é a entrada comum a civis, a empresários e a consumidores em suas relações obrigacionais. Já o CDC é um local especial, só para privilegiados, é como o apartamento de cobertura: lá existem privilégios materiais e processuais para os diferentes, que passam por sua porta e usufruem de seu interior, com piscina, churrasqueira, vista para o rio ou o mar e outras facilidades especiais. Na porta da cobertura só entram os convidados: os consumidores, os diferentes, em suas relações mistas com fornecedores. Sustentando conceitualmente o privilégio ou como base do CDC, está o CC/2002, com seus princípios convergentes (boa-fé, combate ao abuso, à lesão enorme, à onerosidade excessiva etc.), sempre pronto a atuar subsidiariamente.

A diferença de paradigma é, porém, substancial: a proteção do desigual concedida pelo CDC é mais forte do que a boa-fé normal das relações entre iguais. Isto se deve aprender do modelo alemão, que optou por incluir normas diferentes e cláusulas gerais especiais para a defesa do mais fraco. Assim, se há o paradigma da boa-fé nas relações entre iguais (dois empresários) e há o dever de informar, é claro que a informação entre *experts* deve ser mais branda, mesmo que leal, pois são dois profissionais e especialistas. Já a informação do *expert* em relação ao consumidor é um dever qualificado, há que se pressupor que ele é um leigo, há dever de esclarecer, aconselhar, explicar dados que seriam banais e pressupostos entre dois empresários, mas não entre um profissional e um leigo.

Em outras palavras, o fornecedor que entre no apartamento de cobertura para fazer negócios com os consumidores sabe que sua boa-fé deve ser qualificada, o que não quer dizer que nos outros andares do edifício não tenham também que agir de boa-fé. Esta é grande lição da magistral reforma dos alemães, neste início de século XIX: quem usar o mesmo paradigma e o CC/2002 (sem o CDC!) na relação

entre diferentes estará violando o valor (*Wert*) constitucional de proteger os consumidores de forma especial, mesmo que invoque a boa-fé para fazê-lo! Daí a importância de aprofundar a idéia de diálogo das fontes.

II – OS TRÊS TIPOS DE DIÁLOGOS POSSÍVEIS ENTRE O CDC E O CC/2002

Diálogo pressupõe o efeito útil de dois (*di*) e uma lógica ou fala (*logos*), enquanto o ‘conflito’ leva a exclusão de uma das leis e bem expressa a mono-solução ou o ‘monólogo’ de uma só lei. Este esforço para procurar novas soluções plurais está visando justamente evitar-se a ‘antinomia’ (conflitos ‘pontuais’ da convergência eventual e parcial do campo de aplicação de duas normas no caso concreto)⁹⁵ pela correta definição dos campos de aplicação. Evitar, assim, a ‘incompatibilidade’ total (‘conflitos de normas’ ou conflitos entre normas de duas leis, conflitos ‘reais’ ou ‘aparentes’), que leve a retirada de uma lei do sistema, a qual levaria a ‘não-coerência’⁹⁶ do sistema plural brasileiro, que deixaria desprotegido os sujeitos mais fracos, que a Constituição Federal de 1988 visou proteger de forma especial, os consumidores.

A) O DIÁLOGO ENTRE O CDC E O CC/2002: BASES

Como já mencionamos, em uma visão ‘moderna’ ou perfeita do ordenamento jurídico no tempo, teríamos a “Tese” (lei antiga), a “antítese” (lei nova) e a conseqüente síntese (a revogação), a trazer clareza e certeza ao sistema (jurídico) de Direito Privado. Os critérios usados para resolver os conflitos de leis no tempo são apenas três: anterioridade, especialidade e hierarquia, sendo a hierarquia, segundo Bobbio, o critério definitivo.⁹⁷

⁹⁵ Veja detalhes em meu livro, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, RT, São Paulo, 2002, p. 515 e seg.

⁹⁶ SAUPHANOR, Nathalie, *L’Influence du Droit de la Consommation sur le système juridique*, Paris, LGDJ, 2000, p. 31.

⁹⁷ Veja BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, Ed. Pollis/Universidade de Brasília, S. Paulo, Brasília, 1990, P. 92 e BOBBIO, Norberto, „Des critères pour résoudre les antinomies“, in PERELMAN, CH. (Coord.), *Les antinomies en Droit*, Bruxelles, Ed. Bruylant, 1965, p. 255.

Aceite-se ou não a pós-modernidade, a verdade é que, na sociedade complexa atual, com a descodificação, a tópica e a micro-recodificação (como a do CDC)⁹⁸ trazendo uma forte pluralidade de leis ou fontes, a doutrina atualizada está à procura de uma harmonia ou coordenação entre estas diversas normas do ordenamento jurídico (concebido como sistema).⁹⁹ É a denominada “coerência derivada ou restaurada” (“*cohérence dérivée ou restaurée*”),¹⁰⁰ que procura uma eficiência não só hierárquica,¹⁰¹ mas funcional¹⁰² do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo.¹⁰³

Erik Jayme¹⁰⁴ alerta-nos que, nos atuais tempos pós-modernos, a pluralidade, a complexidade, a distinção impositiva dos direitos humanos e do „*droit à la différence*“ (direito a ser diferente e ser tratado diferentemente, sem necessidade mais de ser ‘igual’ aos outros) não mais permitem este tipo de clareza ou de ‘mono-solução’. A solução atual ou pós-moderna é sistemática e tópica ao mesmo tempo, pois deve ser mais fluida, mais flexível, a permitir maior mobilidade e fineza de distinções. Hoje, a *superação* de paradigmas foi substituída pela *convivência ou coexistência dos paradigmas*,¹⁰⁵ como indica nosso título. Efetivamente, raramente encontramos hoje a revogação expressa, substituída pela incerteza da revogação tácita indireta, através da idéia de ‘incorporação’, como bem expressa o Art. 2.043 do novo Código Civil. Há mais convivência de leis com campos de aplicação diferentes, do que exclusão e clareza. Seus campos de aplicação, por vezes, são convergentes e, em geral diferentes, mas convivem e coexistem em

⁹⁸ Mencione-se aqui que a sempre citada obra de CANARIS, Claus-Wilhelm, *Pensamento sistemático e conceito de Sistema do Direito*, Gulbelkian, Lisboa, 1989, constrói sua idéia de sistema justamente criticando a tópica, p. 255 e seg. sobre tópica veja WIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*, trad. Tércio S. Ferraz Jr., Brasília, Departamento de Imprensa Nacional, MJ-UnB, 1979.

⁹⁹ Veja SAUPHANOR, p. 23 a 32.

¹⁰⁰ Expressão de SAUPHANOR, p. 32.

¹⁰¹ Veja sobre a crise ou neutralização do critério da hierarquia e a utilização de outros critérios, GANNAGÉ, Léna, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé*, LGDJ, Paris, 2001, p. 25 e 26.

¹⁰² SAUPHANOR, p. 30.

¹⁰³ Veja sobre a necessidade de ‘coordinamento con altre disposizioni’ do Código Civil e das leis especiais de proteção do consumidor, ALPA, Guido et alii, *La disciplina generale dei contratti*, 8. ed., Giappichelli Ed. Torino, 2001, p. 613 e seg.

¹⁰⁴ JAYME, Recueil des Cours, p. 60 e p. 251.

¹⁰⁵ GANNAGÉ, p. 17.

um mesmo sistema jurídico que deve ser ressystematizado. O desafio é este, aplicar as fontes em diálogo de forma justa, em um sistema de direito privado plural, fluido, mutável e complexo.¹⁰⁶

Seguirei aqui novamente a teoria de Erik Jayme, que propõe – em resumo – no lugar do conflito de leis a visualização da possibilidade de coordenação sistemática destas fontes: o diálogo das fontes.¹⁰⁷ Uma coordenação flexível e útil (*effet utile*) das normas em conflito no sistema a fim de restabelecer a sua coerência. Muda-se assim o paradigma: da retirada simples (revogação) de uma das normas em conflito do sistema jurídico ou do ‘monólogo’ de uma só norma (a „comunicar“ a solução justa), à convivência destas normas, ao ‘diálogo’¹⁰⁸ das normas para alcançar a sua „ratio“, a finalidade visada ou „narrada“ em ambas. Este atual e necessário ‘diálogo das fontes’¹⁰⁹ permite e leva à aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas convergentes com finalidade de proteção efetiva.¹¹⁰

Como já escrevi, são três os ‘diálogos’ possíveis entre o Código de Defesa do Consumidor-CDC, como lei anterior, especial e hierarquicamente constitucional (veja mandamento expresso sobre sua

¹⁰⁶ Do grande mestre da USP, vem a expressão sistema hiper-complexo, veja AZEVEDO, Antonio Junqueira de, “O Direito pós-moderno e a codificação”, in *Revista Direito do Consumidor*, vol. 33 (2000), p. 124 e seg.

¹⁰⁷ JAYME, Recueil des Cours, 251 (1995), p. 60.

¹⁰⁸ Como afirmamos anteriormente: “‘Diálogo’ porque há influências recíprocas, ‘diálogo’ porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalente (especialmente em matéria de convenções internacionais e leis modelos) ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato. Uma solução flexível e aberta, de interpenetração ou mesmo a solução mais favorável aos mais fracos da relação (tratamento diferente dos diferentes).” in RDC 45, p. 74 e 75 ou in MARQUES/BENJAMIN/MIRAGEM, p. 26 e 27.

¹⁰⁹ JAYME, Recueil des Cours, 251 (1995), p. 259: “Dès lors que l’on évoque la communication en droit international privé, le phénomène le plus important est le fait que la solution des conflits de lois émerge comme résultat d’un dialogue entre les sources le plus hétérogènes. Les droit de l’homme, les constitutions, les conventions internationales, les systèmes nationaux: toutes ces sources ne s’excluent pas mutuellement; elles ‘parlent’ l’une à l’autre. Les juges sont tenus de coordonner ces sources en écoutant ce qu’elles disent.”

¹¹⁰ Como ensina SAUPHANOR, p. 31, em direito, a ausência de coerência consiste na constatação de uma antinomia, definida como a existência de uma incompatibilidade entre as diretivas relativas ao mesmo objeto. No original: “En droit, l’absence de cohérence consiste dans la constatation d’une antinomie, définie comme l’existence d’une incompatibilité entre les directives relatives à un même objet.”

criação no sistema jurídico brasileiro no Art. 48 ADCT/CF 1988 e como incluído entre os direitos fundamentais, Art. 5,XXXII da CF/88)¹¹¹ e o novo Código Civil, Lei 10.406/2002.

“1) na aplicação simultânea das duas leis, uma lei pode servir de base conceitual para a outra (*diálogo sistemático de coerência*), especialmente se uma lei é geral e a outra especial; se uma é a lei central do sistema¹¹² e a outra um microssistema específico,¹¹³ não-completo materialmente, apenas com completude subjetiva de tutela de um grupo da sociedade. Assim, por exemplo, o que é nulidade, o que é pessoa jurídica, o que é prova, decadência, prescrição e assim por diante, se conceitos não definidos no microssistema (como vêm definidos consumidor, fornecedor, serviço e produto nos Art. 2,17,29 e 3 do CDC), terão sua definição atualizada pelo entrada em vigor do CC/2002;

2) na aplicação coordenada das duas leis, uma lei pode complementar a aplicação da outra, a depender de seu campo de aplicação no caso concreto (*diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade* em antinomias aparentes ou reais), a indicar a aplicação complementar tanto de suas normas, quanto de seus princípios, no que couber, no que for necessário ou subsidiariamente. Assim, por exemplo, as cláusulas gerais de uma lei podem encontrar uso subsidiário ou complementar em caso regulado pela outra lei. Subsidiariamente o sistema geral de responsabilidade civil sem culpa ou o sistema geral de decadência podem ser usados para regular aspectos de casos de consumo, se trazem normas mais favoráveis ao consumidor. Este ‘diálogo’ é exatamente contraposto, ou no sentido contrário da revogação ou abrogação clássicas, em que uma lei era ‘superada’ e ‘retirada’ do sistema pela outra. Agora há escolha (pelo legislador, veja art. 777, 721 e 732 da Lei 10.406/2002, ou pelo juiz no caso concreto do *favor debilis* do Art. 7 do CDC) daquela que vai „complementar“ a *ratio* da outra (veja também art. 729 da Lei 10.406/2002 sobre aplicação conjunta das leis comerciais);

¹¹¹ Observe-se que mesmo BRIERE, p. 312 e seg. conclui que há uma hierarquia de convenções, se de direito humanos, o que se pode transpor para o direito privado como valorando o critério da hierarquia e ainda mais a hierarquia constitucional dos direitos fundamentais, como o direito do consumidor.

¹¹² Veja detalhes in PASQUALOTTO, Adalberto, “O Código de Defesa do Consumidor em face do novo Código Civil”, *Revista Direito do Consumidor*, nº 43 (jul-dez..2002), p. 106.

¹¹³ Veja detalhes sobre o CDC como microssistema, in PASQUALOTTO, p. 106 e seg.

3) há o diálogo das influências recíprocas sistemáticas, como no caso de uma possível redefinição do campo de aplicação de uma lei (assim, por exemplo, as definições de consumidor *stricto sensu* e de consumidor equiparado podem sofrer influências finalísticas do novo Código Civil, uma vez que esta lei nova vem justamente para regular as relações entre iguais, dois iguais-consumidores ou dois iguais-fornecedores entre si, no caso de dois fornecedores tratam-se de relações empresariais típicas, em que o destinatário final fático da coisa ou do fazer comercial é um outro empresário ou comerciante), ou como no caso da possível transposição das conquistas do *Richterrecht* (Direito dos Juízes) alcançadas em uma lei para a outra. É a influência do sistema especial no geral e do geral no especial, um diálogo de *double sens*¹¹⁴ (*diálogo de coordenação e adaptação sistemática*).”

B) REFLEXÕES SOBRE O DIÁLOGO ENTRE O REGIME DA INFORMAÇÃO E DA OFERTA AO PÚBLICO NO NOVO CÓDIGO CIVIL (ART. 429) E O DA OFERTA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (ART. 30 E 35): DIÁLOGO SISTEMÁTICO DE COMPLEMENTARIEDADE E SUBSIDIARIEDADE EM ANTINOMIA APARENTE

Em meu primeiro artigo sobre o tema analisei as cláusulas abusivas, agora nos interessa o “diálogo” (ou os reflexos) do Art. 429 do CC/2002, que regula a chamada “oferta ao público” com o sistema de oferta de consumo, sistema vinculante, imperativo, protetivo da confiança despertada nos consumidores, público em geral, e, assim, não-revogável, dos Art. 30 e 35 do Código de Defesa do Consumidor, como exemplo do *diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade*, apesar da antinomia aparente.

Na visão tradicional, a proposta ou “oferta” traduziria uma vontade *definitiva* de contratar naquelas bases oferecidas, e traria em si (todos) os elementos “essenciais” do futuro contrato (por exemplo, coisa e preço, na compra e venda), eis porque o direito sempre reconheceu efeitos jurídicos próprios à proposta. A proposta é

¹¹⁴ Veja a obra de SAUPHANOR, p. 32.

obrigatória, tem força vinculante em relação a quem a formula, devendo ser mantida por certo tempo. Basta, pois, o consentimento (aceitação) do outro parceiro contratual e estará concluído o contrato (art. 427 do CCBBr./2002). O novo Código Civil de 2002 prefere utilizar a expressão ‘proposta’, repetindo em seu art. 427 a norma do art. 1.080 do CCBBr./1916 e afirmando que a “*proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso*”. Já as propostas a pessoa indeterminada ou “ao público em geral”, denominam-se ‘ofertas’, sendo que o próprio CDC utiliza sempre esta terminologia, indicando que o fornecedor não comanda a ‘proposta’ após a ter declarado na sociedade de massas atual. A diferença está na sua finalidade de consumo e nos sujeitos envolvidos, pois existem ofertas dos fornecedores voltadas para o (“público”) consumidor (varejo, em geral), existem ofertas feitas por um civil em relação a um objeto infugível (por exemplo, ofertas feitas em classificados, por quem não é empresário, para vender seu carro ou celular ou alugar imóvel) e ofertas (também ao público) voltadas para os comerciantes (ofertas do atacado, de máquinas e veículos industriais etc.), estas duas últimas, ofertas entre “iguais”, agora, encontram regulação especial no novo CCBBr./2002.

Em resumo, as primeiras continuaram reguladas pelo CDC; já as segundas encontram especial regulação, se ofertas ao público, no art. 429 do CCBBr./2002 que impõe: “*A oferta ao público equivale a proposta quando encerra os requisitos essenciais ao contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos.*”

São dois sistemas diferentes, um sistema geral para as relações entre iguais e um microssistema para as relações desequilibradas, ou entre diferentes,¹¹⁵ mas apesar das finalidades e dos campos de aplicação subjetivos diferentes, possuem o mesmo princípio (da confiança) e tratam –materialmente- de temas semelhantes. É assim que não haverá antinomia (conflito) real entre as normas, pois os campos de aplicação são diferentes, nem antinomia de princípios e, sim, “diálogo” (ou os

¹¹⁵ Sobre o CC/2002 como “Código de iguais”, da igualdade generalizante, e o CDC, como “Código dos desiguais” ou da equidade, da solução tópica (igualdade com calma e com ‘alma’) para o caso concreto, veja meu artigo, “Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do ‘diálogo das fontes’ no combate às cláusulas abusivas”, in *Revista Direito do Consumidor*, vol. 45 (jan./mar. 2003), São Paulo, p. 71-99.

reflexos) do Art. 429 do CC/2002, que regula a chamada “oferta ao público”, revogável excepcionalmente e quando assim o expressa, em relação com o sistema de oferta de consumo, que é, como vimos, vinculante, imperativo, protetivo da confiança despertada nos consumidores, público em geral, e não-revogável *ex vi* Art. 30 e 35 do Código de Defesa do Consumidor.

Aqui, a pergunta que nos move é se realmente, como afirmaram alguns sob a égide do Código Civil de 1916, inclusive o Sílvio Luís Ferreira da Rocha,¹¹⁶ podemos considerar as expressões ‘oferta’ e ‘proposta’ como sinônimos verdadeiros. Cristina Pasqual, em sua dissertação de Mestrado na UFRGS, que mereceu a nota máxima, defende a tese de que oferta, seja de consumo, regulada expressa e exaustivamente no sistema especial do CDC, seja a oferta ao público, mencionada e regulada diferentemente no Art. 429 do CC/2002, não são sinônimos. A *distintio* da jovem jurista gaúcha é importante e merece reflexão.

Efetivamente, o argumento *a contrario* parece indicar que Cristina Pasqual está correta, pois se sinônimos fossem e se toda a oferta ao público no sistema geral do Código Civil de 2002 fosse considerada ‘proposta contratual’, desnecessário seria o novo Art. 429 do CC/2002. Note-se que este artigo específico sobre a oferta ao público (ou a pessoas indeterminadas, presentes ou ausentes) não existia no sistema do CC/1916, sobre o qual escreveu Sílvio Luís Ferreira da Rocha, em 1997! Diferentes seriam as expressões oferta (usada pelo CDC) e proposta, tanto que o próprio CC/2002 dedicar-lhe-ia um artigo para exatamente explicitar que, em alguns casos e - só nestes casos - do sistema geral, a oferta pode equivaler a uma proposta (contratual). E o Art. 429 do CC/2002 imporá, em seu parágrafo único, que neste caso - quando a oferta ao público em geral equivaler à proposta contratual - o sistema da proposta-oferta ao público em geral será outro, uma proposta contratual em princípio irrevogável pela confiança despertada no público! Para ser ‘revogável’ ou para ser mais próxima ao sistema geral do direito privado, deve o proponente especificar na

¹¹⁶ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da, *A Oferta no Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo: Editorial Lemos, 1997, p. 16: “As expressões oferta e proposta são utilizadas como sinônimos.”

oferta ao público que esta é ‘revogável’, não criando assim um suporte fático de ‘confiança’ na irrevogabilidade da oferta!

Efetivamente, o CC/2002 dispõe no “*Art. 429.... Parágrafo único. Pode revogar-se a oferta pela mesma via de sua divulgação, desde que ressalvada esta faculdade na oferta realizada.*” Em nenhum outro artigo o CC/2002 utiliza a expressão ‘oferta’ e regula o regime geral apenas da ‘proposta’. Daí entender-se que a ‘oferta’ é exceção em relação à ‘proposta’, mesmo no sistema geral do CC/2002. O Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, desde 1990 utiliza a expressão ‘oferta’, neste caso, oferta de consumo com um regime forte e muito especial. O regime da oferta de consumo (sempre ao público), quebra dois dogmas da teoria clássica do contrato¹¹⁷: o da possibilidade autodeterminação (*Selbstbestimmung*) total do conteúdo e da extensão da proposta contratual, isto é, a possibilidade de fazer uma proposta revogável ou não, a todos ou a um só grupo, limitada ou não no tempo e no espaço, para dar alguns exemplos (veja no CDC o Art. 39, considerando estas práticas comerciais como abusivas e o Art. 51, como cláusulas nulas) e da autovinculação (*Selbstbindung*) desejada, isto é, da vinculação do contratante somente aquilo que ele prometeu e quis que integrasse o futuro contrato ou proposta contratual (veja Art. 30, 31, 24, 25, 33, 34, 46, 48, 54 do CDC).

Já adaptado ao novo paradigma da boa-fé e da proteção da confiança despertada, o CDC expandiu a noção de oferta, para nela incluir toda a informação suficientemente precisa e mesmo a publicidade ou atos de marketing (Art. 30) e determinou que estes atos negociais prévios fossem não só vinculantes, mas que integrassem o contrato que vier a ser celebrado (queira o fornecedor ou não *ex vi* Art. 1º c/c Art. 30 do CDC), quebrando a possibilidade de autodeterminação própria e autovinculação própria. Em outras palavras, ao determinar o CDC, que: “*Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado*”, estava o CDC estabelecendo um paradigma de transparência

¹¹⁷ Seguirei aqui os ensinamentos de KÖNDGEN, Johannes, *Selbstbindung ohne Verträge- Zur Haftung aus geschäftsbezogenem Handeln*, Tübingen: Möhr, 1981, p. 291 e seg.

e de proteção da confiança. Toda a informação prestada pelos fornecedores, mesmo sobre a forma de publicidade ou apresentação de produtos e serviços (Art. 35 do CDC), pode vincular o fornecedor, queira ele ou não, tenha ele ou não ressalvado na publicidade ou oferta que a ela não se vincula, tenha ele a feito veicular (pago) ou tenha ele simplesmente dela se aproveitado (institucionalmente, direta ou indiretamente!), se criou a confiança de boa-fé nos consumidores!

Sendo a Lei 10.406/2002, lei geral e mais nova, pergunta-se se teria ela estabelecido uma antinomia ou conflito entre o disposto no Art. 429 e o sistema da oferta de consumo (que também é ao público!) prevista nos Art. 30 e 35 do CDC. O tema é complexo e simplificações apressadas ou irrefletidas, podem conduzir a conclusões errôneas: ou que o Art. 429 do CC/2002 e o sistema de proposta nenhuma lição traz para o Art. 30 do CDC, ou que toda a oferta de consumo do CDC é uma oferta ao público, que seria agora regulada apenas ou em primeiro lugar pelo Art. 429, ficando o CDC para uma aplicação subsidiária?!

De forma a não recair nestes equívocos, mister ponderar lentamente. Em primeiro lugar, mister analisar separadamente o sistema da proposta no novo CC/2002, seus artigos 427 a 435, Seção II intitulada “Da formação dos contratos”, do Cap. I, Das Disposições Gerais, do Título V, dos Contratos em Geral da Parte Especial do CC/2002, Do Direito das Obrigações, e o sistema da oferta de consumo, imposto imperativamente nos Artigos 30 e 35 do CDC combinados com os Art. 1, 31, 32, 33, 34, 36, 37, 38, 39, 40 e 48 do CDC. Em um segundo lugar, mister concluir quanto o tema que os une, o reflexo maior da boa-fé e probidade nas relações negociais, a proteção da confiança. A proposta contratual, no sistema geral, e a oferta de consumo do CDC despertam a confiança dos futuros contratantes ou aceitantes. Sendo assim, devemos considerar que tipo de diálogo haverá entre o Art. 429 do CC/2002 e o Art. 30 e 35 do CDC no que se refere à vinculação da oferta e à determinação do conteúdo desta oferta no mercado.

Como ensina Antônio Herman Benjamin, quatro idéias básicas distinguem a oferta ao público do Art. 429 do Art. 30 e 35 do CDC e levam à consequência da inaplicabilidade do Art. 429 do CC/2002 para regular as ofertas de consumo, mantendo intacto o regime do

CDC.¹¹⁸ Ontologicamente os regimes da oferta de consumo do CDC e da oferta ao público do CC/2002 divergem. O CC/2002 segue a teoria da vontade (Art. 112 e seg. do CC/2002), enquanto o CDC segue a teoria da declaração, especificamente valorizando a confiança criada (Art.30 do CDC).¹¹⁹ Divergem também na divisão de riscos. O CC/2002 prevê a responsabilidade objetiva como exceção, enquanto no CDC é a regra. Em matéria de contratos, o CDC permite um controle do conteúdo dos contratos segundo a boa-fé muito maior do que o permitido no CC/2002. Diverge também o paradigma ético-social, que no CC/2002 é o das relações entre iguais e no CDC, por mandamento constitucional, é o da proteção do mais fraco, presumindo-se a vulnerabilidade do consumidor (Art. 4,I do CDC). No CDC, a oferta de consumo nunca é revogável e só pode haver limitação de sua eficácia. No CC/2002, a revogabilidade é a regra (art. 428), sendo que o parágrafo único do Art. 429 é uma exceção, ao limitar a possibilidade de revogação, se a ‘proposta’ foi ao público em geral (oferta). Logo, a proposta do CC/2002 além de ter de ser completa para vincular (conter os “elementos essenciais” do contrato futuro), vincula e integra o contrato com muito menor força, do que a oferta de consumo do Art. 30,31,33,34 e 35 do CDC.¹²⁰

Como afirma Köndgen, a oferta e a publicidade são declarações (não totalmente controláveis pelo empresário) no mercado de massas (*Erklärungen an die Marköffentlichkeit*) daí seu regime excepcional, sejam de consumo, meramente civis ou entre empresários.¹²¹ Neste sentido, as profundas observações de Benjamin devem ser seguidas, pois poder revogar toda e qualquer oferta de consumo acabaria com a eficácia da teoria da confiança no CDC e com a vinculação de qualquer informação suficientemente precisa, ampliando demasiadamente o poder do ofertante, transformando a publicidade novamente em uma *invitatio ad offerendum*¹²², aumentando a já gritante diferença de poder de barganha

¹¹⁸ Assim 8ª edição de seus comentários BENJAMIN, Antônio Hermnan, in PELLEGRINI, Ada et alii, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto*, 8.Ed., Forense Universitária: São Paulo, 2004, p. 297 e 230.

¹¹⁹ Assim MARQUES, p. 437 in BENJAMIN/MARQUES/MIRAGEM.

¹²⁰ Assim BENJAMIN/MARQUES/MIRAGEM, p. 437.

¹²¹ KÖNDGEN, p. 284.

¹²² KÖNDGEN, p. 291.

entre o fornecedor e o consumidor em matéria de práticas comerciais pré-contratuais na sociedade de massas e no mercado de consumo.

Mencione-se também que no sistema do CDC a oferta de consumo é, por força do Art. 30 e 35, um *negócio jurídico unilateral* e vincula o fornecedor que a veicular ou dela se aproveitar. Acostumados a examinar negócios jurídicos bilaterais (especialmente, os contratos), demonstramos dificuldade em separar os efeitos autônomos da oferta e aqueles oriundos da união entre oferta e aceitação para a formação de um novo ser, o contrato. Não podemos, porém, esquecer da existência dos negócios jurídicos *unilaterais*, aqueles que criam obrigações para um indivíduo. E a obrigação principal aqui é a vinculação, expressamente prevista no CDC no Art. 30, 34 e 48, além dos deveres de boa-fé.

Acrescente-se também que uma cláusula incluída na publicidade ou na oferta de consumo (por e-mail, prospecto, carta comercial etc.), que permitisse ao fornecedor não cumprir com o prometido ou retirar o prometido unilateralmente é uma cláusula abusiva e não pode ter efeito de transferir este risco profissional (Art. 51, I e IV do CDC), como ensina o STJ no Resp. 396.943.¹²³ Assim, os asteriscos ou limites incluídos na própria oferta, permitindo ao fornecedor revogar ‘a confiança’ na oferta ao público (se de consumo), contra o que dispõe expressamente o Art. 30 e que é direito do consumidor, seria uma cláusula abusiva *ex vi* Art. 51, I c/c Art. 25 do CDC e pode ser propaganda enganosa do Art. 37 do CDC, como tem demonstrado a jurisprudência.¹²⁴ Esta cláusula viola o disposto expressamente no Art.

¹²³ Veja ementa: “PUBLICIDADE. Concurso. Prêmio. Numeração ilegível. Código de Defesa do Consumidor. A fornecedora de refrigerante que lança no mercado campanha publicitária sob forma de concurso com tampinhas premiadas, não se libera de sua obrigação ao fundamento de que a numeração é ilegível. O sistema do CDC, que incide nessa relação de consumo, não permite à fornecedora - que se beneficia com a publicidade - exonerar-se do cumprimento da sua promessa apenas porque a numeração que ela mesma imprimiu é defeituosa. A regra do art. 17 do Dec. 70.951/72 apenas regula a hipótese em que o defeito tiver sido comprovadamente causado pelo consumidor. Recurso não conhecido.” (RESP 396943/RJ – STJ, 4ª T., j. 02.05.2002, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar).

¹²⁴ Veja decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul sobre ‘minúsculos asteriscos’, com a seguinte ementa: “Publicidade enganosa. Danos morais. Montante indenizatório. Critérios de fixação. 1. Ação de indenização que visa a reparação por danos ocasionados pela veiculação, na mídia, de propaganda que, de forma enganosa, induzia a convicção de

35 do CDC, viola o direito de boa-fé de informação do consumidor (Art. 6,I,II e III do CDC) e a forte cláusula geral de boa-fé do CDC, a qual impõe novos parâmetros de lealdade nas ofertas e publicidades no mercado de consumo (Art. 4,III c/c Art. 51,IV e § 1º do CDC). Em resumo, o Art. 429 do CDC, por todos estes motivos, não regula a oferta de consumo ou em outras palavras, o Art. 30 e 35 do CDC regulam a oferta de consumo prioritariamente, como decidiu o STJ no Resp. 363.939.¹²⁵ Aqui o diálogo é de subsidiariedade, primeiro aplica-se o CDC, que regula a oferta de consumo com primazia e em detalhes e somente, no que couber (se lacuna no sistema especial houver!), usa-se o CC/2002.

OBSERVAÇÕES FINAIS

Da análise da primeira parte conclui-se que, efetivamente, o modelo brasileiro é *sui generis*. São dois Códigos separados e autônomos (semelhante ao modelo francês), existem normas (e cláusulas gerais) especiais e mais fortes para a proteção do consumidor, presumido vulnerável e definido de forma especial (semelhante ao modelo alemão), há unificação das obrigações civis e empresariais e definição de empresário (semelhante ao modelo italiano), mas há “protagonismo” constitucional (ou primazia hierárquica, se preferirem) da lei especial mais antiga, o CDC, para as relações entre consumidores e

recebimento de um celular habilitado, em decorrência da assinatura anual da *Revista Exame*. 2. A inserção de minúsculos asteriscos que remetem ao regulamento da promoção afigura-se contrário à regulamentação sobre publicidade constante no Código de Defesa do Consumidor. 3. Responsabilidade pelas consequências da publicidade enganosa. 4. Os critérios de fixação do *quantum* indenizatório são de ordem subjetiva do julgador, e visam reparar os danos, bem como dissuadir o réu da prática reiterada dos atos lesivos. Apelos dos réus improvidos.” (TJ/RS, 10ª CCiv., j. 15.08.2002, Rel. Des. Paulo Antônio Kretzmann). Veja do TARGS, semelhante decisão, com a seguinte ementa: “Negócio jurídico e sua interpretação. Obrigação assumida, em oferta ao público, em típica promoção de vendas, de readquirir quotas consortis, ao valor do bem, preço do dia. Intolerável reduzir valor, pelo expurgo da atualização monetária, beneficiando-se da desdita financeira daquele que acreditou na publicidade que se oferecia como enganosa, a vingar tese da embargante.” (EMI 194193652, 3º Grupo Cível, TARGS, Juiz Arminio Jose Abreu Lima da Rosa, j.28/04/1995) .

¹²⁵ Veja STJ, Resp. 369.939, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04.06.2002, publicada na íntegra in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 44, p. 313 a 317. Assim conclui MARQUES, in BENJAMIN/MARQUES/MIRAGEM, p. 420.

forneecedores e não do Código Civil (diferente do modelo italiano), não houve incorporação da figura do consumidor no Código Civil (diferente do modelo alemão), nem dos contratos de consumo (diferente do modelo italiano) e, por imposição (mandamento ou *Gebot*) constitucional, o (micro) Código é de defesa do consumidor e não do mercado (diferente do francês). Tudo isto impõe uma visão nova e rigorosa da coexistência, no mesmo ordenamento jurídico, do CDC e do CC/2002.

Na há conflito real entre estas leis, somente antinomias, como a estuda entre o Art. 429 e o Art. 30 e 35 do CDC, mas em sua maior parte – como a analisada – são antinomias aparentes e não reais, que podem ser resolvidas com o uso da aplicação ordenada, subsidiária e especial do CDC e do CC/2002. Útil, pois, é a idéia de ‘diálogo’ das fontes, diálogo que significa a aplicação simultânea, coordenada e sistemática destas duas leis principais e coexistentes no Direito Privado brasileiro. Três serão, em resumo, os diálogos entre o CC/2002 e o CDC: o *diálogo sistemático de coerência*, o *diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade* em antinomias (reais ou aparentes) e o *diálogo de coordenação e adaptação sistemática*.